



FACULDADE DE DIREITO

CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA

DOUTORAMENTO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

2014



FACULDADE DE DIREITO

CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA

Tese orientada pelo Prof. Doutor Augusto Silva Dias

DOUTORAMENTO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

2014

Para Roberta, meu amor

AGRADECIMENTOS

O trabalho de pesquisa é sempre solitário, no enclausurado das bibliotecas, e a dimensão da presente pesquisa consumiu vários anos de minha vida. Todavia, a companhia de pessoas especiais, sua amizade e paciência, seu sorriso e auxílio, tornaram essa jornada especialmente prazerosa e gratificante.

Essa obra é dedicada a Roberta, amor de minha vida, pela paciência em dividir-me com os estudos e por partilhar ao meu lado cada um dos passos desse desafio. E a meus filhos, Felipe e Giovanna, por terem aceito o desafio de comigo residirem em Portugal e de partilharem as angústias e alegrias dessa experiência única, que mudou nossas vidas. Do fundo do coração, muito obrigado!

Também agradeço a meus pais, que me forjaram o caráter e ensinaram a ser o homem que sou. Obrigado aos parentes que gentilmente nos visitaram durante essa estadia em terras lusas e às novas amizades que ali cultivamos, ajudando-nos a diminuir as saudades de casa.

Agradeço ao povo português que, apesar de toda crise, soube receber este estrangeiro de coração aberto, criando laços indelévels em minha vida e na de minha família, a ponto de marcar nossos corações com o verde e rubro lusitano. Minha sincera prece por um futuro mais justo com a grandeza de suas almas.

Ao Professor Doutor Augusto Silva Dias, pela extrema atenção que me dispensou durante o processo de orientação desta pesquisa, nas diversas tardes em que discutimos os temas aqui tratados, ao longo dos últimos anos. Desta empreitada tornou-se verdadeiro partícipe, por instigação e auxílio material, ainda que os defeitos da obra sejam de minha inteira responsabilidade, fruto de minha obstinação em divergir, ainda que pontualmente, dos ensinamentos do grande mestre, e de minhas naturais limitações. Fica aqui registrada minha admiração e grande apreço por sua pessoa, e minha gratidão pela amizade a mim dispensada.

Em especial, obrigado ao Professor Paulo de Sousa Mendes, pela fértil troca de ideias nos encontros sobre o processo penal, aos Professores Fernando Araújo e David Duarte, pelas reflexões sobre a hermenêutica jurídica, ao Professor Martim de Albuquerque, pelas inesquecíveis lições de história das ideias políticas e ainda ao Professor Eduardo Vera-Cruz Pinto, pela maneira sempre muito atenciosa como sempre me recebeu. Os brilhantes docentes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa marcaram minha existência e muito contribuíram para meu aperfeiçoamento, não apenas como acadêmico, mas acima de tudo como ser humano.

Agradeço às bibliotecárias das Bibliotecas da FDUL, da PGR e IGAI de Portugal, e ainda do MPDFT, pela extrema atenção nas diversas consultas. E, claro, à Conceição Valente, pela paciência e presteza.

Também agradeço ao Instituto Max Planck para o Direito Penal Estrangeiro e Internacional, na pessoa de seu Diretor do Departamento de Direito Penal, Professor Doutor Ulrich Sieber, pela calorosa recepção em Friburgo na primavera de 2011, que me proporcionou referências essenciais à dimensão alcançada pela tese, com o especial privilégio de partilhar das orientações *in loco* de meu Professor orientador.

Obrigado aos Professores Gian Luigi Gatta, Francesco Viganò e Luca Luparia, pela recepção nas minhas idas à *Università degli Studi* de Milão e pelas relevantes indicações bibliográficas italianas. Também agradeço à *École Nationale de la Magistrature* da França, especialmente à magistrada Carla Deveille, pelo curso de especialização sobre investigação criminal que me foi proporcionado, permitindo que eu visse na prática o funcionamento desse sistema processual. Finalmente, agradeço à Embaixada dos EUA no Brasil, pela oportunidade de realizar visita àquele país para conhecimento de seu sistema de *civilian oversight of Law enforcement*, e pelo privilégio de tornar-me *alumni* de seu programa de *International Visitors*.

Agradeço aos Professores Conor O'Reilly, da Universidade do Porto, e Pedro José Lopes Clemente, do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal, pela fértil troca de ideias no início de minha pesquisa.

Meu muito obrigado aos professores e amigos Bruno Machado, Antonio Suxberger, Renato Bianchini, Theodoro Correa, Gustavo Maia e Marcelo Rebelo, pela gentileza de realizarem a revisão do texto e contribuírem com suas críticas.

Agradeço ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pela concessão de licença de estudos que me permitiu residir em Portugal durante um ano e meio, a fim de cursar as disciplinas e realizar a pesquisa, que posteriormente prosseguiu no Brasil em conciliação com meu trabalho. Essa obra é concebida para o aperfeiçoamento institucional do exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público de todo o Brasil, e especialmente ao reconhecimento do valor dos inúmeros policiais íntegros que dedicam suas vidas à segurança pública.

Finalmente, e acima de tudo, minha eterna gratidão a Deus, meu Senhor, pela oportunidade de iniciar essa etapa de minha vida, pela força que me sustentou nas tormentas do caminho, pela graça de concluí-la e pelo privilégio de contribuir para que meus irmãos brasileiros possam viver em uma sociedade mais justa e menos violenta.

*E uns soldados também interrogaram João Batista, dizendo: E nós que faremos?
E ele lhes disse: A ninguém trateis mal nem defraudeis, e contentai-vos com o vosso soldo.*

Lucas 3:14

RESUMO

O presente trabalho procura investigar os fundamentos e a extensão da garantia constitucional prevista no art. 129, VII, da CRFB/1988, relativa ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Apesar de o desvio policial não ser a regra na atividade policial, sua ocorrência não pode ser explicada apenas por razões individuais, há razões sociológicas de natureza organizacional que inscrevem a atividade policial numa área delicada de riscos à prática de arbitrariedades, especialmente a violência, corrupção, fraudes e omissões. O desvio policial não pode ser tolerado como um mal necessário, pois ele corrói a legitimidade de toda a segurança pública. O paradigma do Estado Democrático de Direito está diretamente relacionado com o controle externo da atividade policial, na medida em que impõe: (i) limites decorrentes do respeito aos direitos fundamentais; (ii) submissão da atividade policial à legalidade; (iii) mecanismos de controle e prestação de contas (*accountability*) pela sociedade e por outros órgãos estatais; (iv) garantias de proteção jurídica; (v) adequada responsabilização ante o desvio policial. O Ministério Público é o órgão constitucionalmente qualificado para exercer esse controle, que se manifesta em quatro atividades interligadas: (i) controle processual de direção mediata das investigações criminais; (ii) controle processual de fiscalização da legalidade das diligências policiais investigativas; (iii) auditoria extraprocessual do padrão de atuação policial; (iv) promoção da responsabilização pelo eventual desvio policial. O exercício eficiente dessas atividades de controle é essencial para a concretização do projeto constitucional de eficiência na segurança e na contenção de arbitrariedades, catalisando uma cultura democrática e transparente na atividade policial.

Palavras chave: controle externo da atividade policial, Ministério Público, criminologia, Estado democrático de Direito, direitos fundamentais, legalidade, *accountability*, direção mediata da investigação, garantias processuais, auditoria, responsabilização.

ABSTRACT

This work researches the foundations and the extension of the Brazilian constitutional guarantee of the external control of police by the *Ministério Público* (prosecution office), established in the Brazilian Constitution, article 129, item VII. Even though police misconduct isn't a general rule, when it happens it can't be explained only in a individual approach, there is a sociological perspective, of organizational nature, that makes the police work a delicate space for misconducts, such as violence, corruption, frauds, and omission. Police misconduct cannot be tolerated as an "unavoidable evil", because it erodes the legitimacy of public security. The external control of police derives directly from the idea of Rule of Law in democratic society, because it requires: (i) limits derived from the fundamental rights of citizens; (ii) legal regulation of police powers; (iii) mechanisms of control and accountability by the society and by other public agencies; (iv) guarantees of juridical protection; (v) appropriate punishment for misconducts. The Brazilian *Ministério Público* is the agency constitutionally in charge of the external control and oversight of police, through four activities: (i) procedural mediate direction of police criminal investigations; (ii) procedural oversight of the legality of police investigations; (iii) general auditing of police standards of conduct; (iv) promotion of liability for eventual police misconducts. These activities of control are essential in order to materialize the Brazilian constitutional project of efficiency in security with contention of arbitrariness, improving a culture of democracy and transparency in Law enforcement.

Keywords: Brazil, external control of police, prosecution office, criminology, Rule of Law, democracy, fundamental rights, legality, accountability, mediate direction of investigation, procedural guarantees, oversight, liability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

APF – Auto de Prisão em Flagrante

c/c – combinado com

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

Cam. Crim. – Câmara Criminal

CC – Código Civil

CCRB – *Civilian Complaint Review Board* (Nova Iorque, EUA)

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNDS - *Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité* (França)

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CNPG – Conselho Nacional de Procuradores de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CRP/1976 – Constituição da República Portuguesa de 1976

CS – Conselho Superior

CT - Convenção contra a Tortura e outros tratamentos desumanos e cruéis da ONU de 1984

DJ – Diário de Justiça

DL – Decreto-Lei

DP – Delegacia de Polícia

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

EC – Emenda Constitucional

EOAB – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/1994)

et al. – e outros

EUA – Estados Unidos da América

GNR – Guarda Nacional Republicada (Portugal)

ICP – Inquérito Civil Público

IP – Inquérito Policial

IPCC – *Independent Police Complaints Commission* (Inglaterra e País de Gales)

IPM – Inquérito Policial Militar

IPMPO – Infração penal de menor potencial ofensivo (Lei n. 9.099/1995, art. 61)

IRA – *Irish Republican Army* (Irlanda)

j. – julgado em

LAPD – *Los Angeles Police Department*

LC – Lei Complementar

LCP – Lei de Contravenções Penais (DL n. 3.688/1941)

LECrim – *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Código de Processo Penal espanhol)

LOIC – Lei de Organização da Investigação Criminal, Lei n. 49/2008 de Portugal

LONMP – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993)

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

MPDFT – Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

MPF – Ministério Público Federal

MPU – Ministério Público da União

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

ONU – Organização das Nações Unidas

OPC – *Office of Police Complaints* (Washington/DC, EUA).

OPC – Órgãos de Polícia Criminal (Direito Português)

PC – Polícia Civil

PCDF – Polícia Civil do Distrito Federal

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PF – Polícia Federal

PGR – Procurador-Geral da República

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

PJ – Polícia Judiciária (Portugal)

PM – Polícia Militar

PRF – Polícia Rodoviária Federal

PSP – Polícia de Segurança Pública (Portugal)

rel. –relator

Res. – Resolução

S. – Seção

SEF – Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (Portugal)

STF – Superior Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

StPO – *Strafprozeßordnung* (Código de Processo Penal alemão)

T. – Turma

TC – Termo Circunstanciado (Brasil)

TC – Tribunal Constitucional (Portugal)

TCU – Tribunal de Contas da União

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

UK – *United Kingdom* (Reino Unido)

vs. – *versus*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
APRESENTAÇÃO	1
JUSTIFICATIVA	6
OBJETIVOS E HIPÓTESES	10
METODOLOGIA	13
ROTEIRO DE DESENVOLVIMENTO	15
1 A ARBITRARIEDADE POLICIAL COMO UM FENÔMENO SOCIOLÓGICO RELEVANTE	23
1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O CONCEITO DE POLÍCIA E A ATIVIDADE POLICIAL	23
1.2 POLÍCIA, MANUTENÇÃO DA ORDEM E PODER DE COERÇÃO IMANENTE	31
1.3 FENÔMENOS DE DESVIO POLICIAL NO BRASIL E NO MUNDO	34
1.3.1 <i>Desvio policial no Brasil</i>	34
1.3.1.1 Uma história de práticas de arbitrariedade policial	34
1.3.1.2 A persistência de fenômenos de desvio policial no Brasil recente.....	40
1.3.2 <i>Desvio policial no Mundo</i>	50
1.4 CRIMINOLOGIA DO DESVIO POLICIAL	60
1.4.1 <i>O problema do desvio policial: considerações gerais</i>	61
1.4.2 <i>Subcultura policial</i>	63
1.4.2.1 Sociologia das organizações	63
1.4.2.2 Aspectos específicos da socialização policial	66
1.4.2.3 Valorização da manutenção da autoridade.....	68
1.4.2.4 Risco iminente e antecipação da violência como padrão de interação policial.....	73
1.4.2.5 Eficiência como valor institucional.....	76
1.4.2.6 Omissão de controles e cobrança de resultados	83
1.4.2.7 Dualidade de regras formais e operacionais.....	87
1.4.2.8 Sínteses da cultura policial	88
1.4.2.9 Diversidade de culturas policiais	89
1.4.3 <i>Código do Silêncio (blue code)</i>	92
1.4.3.1 Estudos documentando o Código do Silêncio.....	93
1.4.3.2 Conceito e razões.....	97
1.4.3.3 Código do silêncio como um produto da subcultura policial	98
1.4.3.4 Auto-proteção recíproca e o valor da lealdade policial	99
1.4.3.5 Sanções informais à delação do desvio policial	101
1.4.3.6 Omissão continuada de controle interno do desvio policial	102
1.4.3.7 Problemas decorrentes do código do silêncio	103
1.4.4 <i>Outros desvios policiais</i>	106
1.4.4.1 Discriminação (<i>racial profiling</i>) e discricionariedade não controlada.	106
1.4.4.2 Corrupção policial	112
1.4.4.3 Omissões.....	117
1.4.5 <i>A necessidade de soluções organizacionais para o desvio policial</i>	120
1.4.6 <i>Fatores de imunização do desvio policial</i>	122
1.5 UMA PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO DOS POSSÍVEIS DESVIOS POLICIAIS	131
(a) <i>Violência policial</i>	134
(b) <i>Corrupção policial</i>	137
(c) <i>Fraudes investigativas</i>	138
(d) <i>Omissão policial</i>	139
1.6 FATORES EXÓGENOS DE ARBITRARIEDADE POLICIAL: O SECURITARISMO	140
1.6.1 <i>Sociedade do risco e demanda de expansão da tutela penal</i>	140

1.6.2 O direito penal do inimigo de Jakobs como teorização da tendência securitária.....	143
1.6.3 Segue: aspectos específicos de erosão das garantias tradicionais na atividade policial contemporânea	146
1.6.3.1 Policialização	147
1.6.3.2 Vigilantismo ou panoptismo.....	151
1.6.3.3 Progressiva flexibilização dos critérios de restrição de direitos fundamentais no processo penal (pânico processual)	157
1.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	159

2 A ATIVIDADE POLICIAL E SEU CONTROLE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... 161

2.1 A COMPLEXIDADE DA TENSÃO ENTRE LIBERDADE E SEGURANÇA PÚBLICA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A NECESSIDADE POLÍTICA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL	162
2.1.1 <i>Algumas posições modernas sobre os limites do Estado em promover a segurança pública</i>	162
2.1.1.1 Hobbes: a segurança em um Estado sem limites.....	162
2.1.1.2 Locke e Montesquieu: a preocupação em estabelecer limites ao poder do Estado.....	166
2.1.1.3 Beccaria: o iluminismo penal	172
2.1.1.4 Humboldt e Mill: limites estreitos em um estado liberal	175
2.1.2 <i>O Estado de Direito como auto-limitação institucional do poder</i>	184
2.1.3 <i>O Estado Social e o direito fundamental à segurança pública</i>	194
2.1.4 <i>A segurança pública como um valor constitucional complexo</i>	218
2.1.5 <i>A crise de legitimidade decorrente da arbitrariedade policial</i>	224
2.1.6 <i>O risco da expansão da atividade estatal de prevenção criminal</i>	235
2.1.7 <i>A tensão de princípios no processo penal contemporâneo: em busca do equilíbrio</i>	244
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES IMANENTES À ATIVIDADE POLICIAL	250
2.2.1 <i>Considerações gerais sobre os princípios fundamentais e sua relação com a atividade policial</i>	251
2.2.2 <i>Princípios fundamentais ligados à vedação de arbitrariedades na atividade policial</i>	256
2.2.2.1 Dever policial de respeito à dignidade do investigado ou abordado.....	258
2.2.2.2 Proscrição de maus tratos na atividade policial	261
2.2.2.3 Segue: Jurisprudência do TEDH sobre a proscrição de maus tratos na atividade policial	269
2.2.2.4 Proteção aos direitos fundamentais do policial	278
2.2.2.5 A proporcionalidade como viga-mestra da atividade policial	280
2.2.3 <i>Princípios fundamentais ligados à eficiência da atividade policial</i>	287
2.2.3.1 Dever fundamental de proteção às vítimas	287
2.2.3.2 Princípio da eficiência da investigação criminal.....	288
2.2.3.3 Dever fundamental de colaboração dos particulares com a atividade policial e de submissão à constrição legal.....	290
2.2.3.4 Princípio da capacidade de funcionamento das instituições policiais.....	294
2.2.3.5 Princípio da cooperação das instituições de segurança pública.....	296
2.3 LEGALIDADE	299
2.3.1 <i>Justificativas da submissão do Estado à legalidade</i>	299
2.3.2 <i>Funções da legalidade</i>	303
2.3.3 <i>A relevância da legalidade policial</i>	308
2.3.4 <i>A inexistência de espaços para ilegalidades úteis na atividade policial</i>	322
2.3.5 <i>Discricionariedade, densidade normativa e conceitos jurídicos indeterminados na legalidade policial</i>	324
2.3.5.1 Abertura dos parâmetros legais de atuação.....	326
2.3.5.2 Conceitos jurídicos indeterminados	328
2.3.5.3 Exemplos de alguns conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da investigação criminal brasileira	332
2.3.5.4 A gradativa concretização da legalidade policial	336
2.3.5.5 O treinamento policial como concretização da legalidade	342
2.3.6 <i>Segue: critérios de controlabilidade da discricionariedade policial</i>	345
2.3.6.1 Pressupostos de fato.....	346
2.3.6.2 Consequências jurídicas.....	355
2.3.6.3 Normas procedimentais de garantia	364
2.3.7 <i>A necessidade de uma lei de atuação policial no Brasil</i>	370
2.4 FISCALIZAÇÃO DA ATIVIDADE POLICIAL	374
2.4.1 <i>Aspectos gerais sobre a accountability e a fiscalização da atividade policial</i>	374
2.4.1.1 A atividade de controle externo enquanto mecanismo institucional fiscalização recíproca de na Constituição ...	374
2.4.1.2 Polícia e accountability institucional	380
2.4.1.3 Accountability individual: o controle interno	392
2.4.1.4 Accountability individual: o controle externo.....	396

2.4.1.5 Controle externo processual (difuso).....	402
2.4.1.6 Controle externo extraprocessual (concentrado)	414
2.4.2 <i>Ministério Público como uma instituição garantia no sistema constitucional brasileiro</i>	418
2.4.2.1 Breve visão histórica do Ministério Público brasileiro	418
2.4.2.2. O paradigma constitucional brasileiro atual	424
2.4.2.3 O Ministério Público como uma “instituição garantia” dos direitos fundamentais e como agente de transformação social.....	427
2.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	437
3 ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE EXTERNO DA DIREÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	439
3.1 SISTEMAS ESTRANGEIROS DE CONTROLE DA DIREÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	440
3.1.1 <i>Brasil e Portugal: aproximação conceitual dos sistemas processuais penais de investigação</i>	441
3.1.1.1 Características gerais dos sistemas.....	441
3.1.1.2 Comunicação da notícia do crime	451
3.1.1.3 Diligências investigativas de iniciativa autônoma da própria Polícia	455
3.1.2 <i>Itália</i>	457
3.1.2.1 Características gerais do sistema.....	457
3.1.2.2 Comunicação da notícia do crime	462
3.1.2.3 Diligências investigativas de iniciativa autônoma da própria Polícia	464
3.1.3 <i>Alemanha</i>	469
3.1.3.1 Características gerais do sistema.....	469
3.1.3.2 Comunicação da notícia do crime	473
3.1.3.3 Diligências investigativas de iniciativa autônoma da própria Polícia	473
3.1.4 <i>Espanha</i>	476
3.1.4.1 Características gerais do sistema.....	476
3.1.4.2 Comunicação da notícia do crime	486
3.1.4.3 Diligências investigativas de iniciativa autônoma da própria Polícia	489
3.1.5 <i>França</i>	494
3.1.5.1 Características gerais do sistema.....	494
3.1.5.2 Comunicação da notícia do crime	508
3.1.5.3 Diligências investigativas de iniciativa autônoma da própria Polícia	511
3.1.6 <i>Inglaterra</i>	521
3.1.6 <i>Outras referências panorâmicas</i>	529
3.1.7 <i>Análise crítica</i>	535
3.2 A ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DA FASE INVESTIGATIVA	542
3.2.1 <i>A relevância constitucional do controle externo da investigação policial pelo Ministério Público</i>	542
3.2.1.1 Titularidade da ação penal (garantia de eficiência)	544
3.2.1.2 Fiscalização da legalidade (garantia contra arbitrariedades)	551
3.2.1.3 Síntese da abrangência do controle externo da atividade policial.....	556
3.2.1.4 Necessidade de uma interpretação conforme a Constituição para o (re)enquadramento das relações institucionais entre Polícia e Ministério Público	558
3.2.2 <i>O papel dos sujeitos processuais na fase investigativa</i>	562
3.2.3 <i>Quem é o titular do direito de investigar no Brasil?</i>	577
3.2.4 <i>O sistema de dependência funcional da Polícia ao Ministério Público no Brasil</i>	587
3.2.5 <i>O relacionamento interinstitucional de coadjuvação entre Polícia e Ministério Público na investigação criminal</i>	594
3.2.6 <i>Do idêntico dever de atuação objetiva na fase das investigações tanto da Polícia quanto do Ministério Público</i>	602
3.2.7 <i>Análise das diversas modalidades de iniciativa investigativa policial e seu relacionamento com o controle pelo Ministério Público</i>	609
3.2.8 <i>Abertura constitucional para uma possível (e necessária) reforma legislativa para a investigação controlada diretamente pelo Ministério Público</i>	623
3.3 CONTROLE DA COMUNICAÇÃO DAS NOTÍCIAS DE CRIMES	633
3.3.1 <i>Conveniência de uma alteração infraconstitucional para a comunicação imediata da notícia do crime ao Ministério Público</i>	634
3.3.2 <i>Requisitos de justa causa para instauração de inquérito</i>	639
3.3.2.1 Visão geral	639
3.3.2.2 O nível qualitativo de cognição dos “sinais do fato” necessário para instauração do inquérito	641

3.3.3 <i>Segue: o problema da denúncia anônima</i>	649
3.3.3.1 A jurisprudência portuguesa.....	652
3.3.3.2 A jurisprudência brasileira	654
3.3.3.3 Análise crítica	657
3.3.4 <i>Segue: o problema das investigações pró-ativas para o crime organizado</i>	659
3.3.5 <i>Titularidade para decidir sobre a presença de justa causa para instaurar inquérito em casos difíceis</i> ..	668
3.3.6 <i>A admissibilidade e limite dos procedimentos policiais de averiguação preliminar</i>	672
3.3.6.1 Situações residuais de admissibilidade das averiguações preliminares.....	672
3.3.6.2 Limites e procedimento das averiguações preliminares	675
3.3.7 <i>Operacionalização do controle pelo Ministério Público das notícias de crimes encaminhadas à Polícia</i>	677
3.3.8 <i>Consequências da omissão da comunicação do crime ao Ministério Público</i>	682
3.3.9 <i>Outros problemas ligados à comunicação da notícia de crime</i>	684
3.4 PODERES DE DIREÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PERANTE A POLÍCIA DE INVESTIGAÇÃO	687
3.4.1 <i>Acompanhamento obrigatório das investigações policiais</i>	687
3.4.2 <i>Dever de fiscalização continuada da eficiência e das eventuais ilegalidades da atividade policial</i>	691
3.4.3 <i>Poder de direção mediata por meio de requisição de diligências</i>	697
3.4.3.1 O cumprimento da requisição de diligências investigatórias como expressão de um dever funcional do delegado de polícia	697
3.4.3.2 Situações residuais de admissibilidade de não atendimento de requisições de diligências	701
3.4.3.3 A configuração criminal da recusa de cumprimento de requisições ministeriais pelo delegado de polícia	705
3.4.3.4 Poder de requisição de diligências como manifestação de uma direção mediata das investigações	712
3.4.3.5 Poder de estabelecimento de prioridades no cumprimento das requisições de diligências	714
3.4.3.6 A autonomia técnica e tática da Polícia.....	725
3.4.4 <i>Participação obrigatória do Ministério Público nas perícias sempre que não forem urgentes</i>	729
3.4.5 <i>Poder de suplementação direta das investigações</i>	732
3.4.6 <i>Poder de expedir recomendações genéricas de atuação policial</i>	733
3.4.7 <i>Poder de encerrar uma investigação</i>	738
3.4.8 <i>Poder de arquivar linhas de investigação</i>	741
3.4.9 <i>Afastamento excepcional da Polícia da investigação</i>	742
3.4.10 <i>Poder de definição da tipicidade das condutas investigadas</i>	751
3.4.11 <i>Titularidade para o requerimento de medidas cautelares investigativas</i>	765
3.5 O PODER DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	771
3.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	781
4 CONTROLE PROCESSUAL DE FISCALIZAÇÃO DAS DILIGÊNCIAS POLICIAIS: DEFICIÊNCIAS ATUAIS E VIRTUALIDADES	785
4.1 INSPEÇÃO DO LOCAL DE CRIME	786
4.2 NOTIFICAÇÃO DE COMPARECIMENTO	788
4.3 INTERROGATÓRIO	793
4.3.1 <i>Vedação de maus tratos, direito ao silêncio e sua relação com o interrogatório</i>	794
4.3.2 <i>Finalidade primária do interrogatório: oportunidade de contraditório antecipado</i>	798
4.3.3 <i>A necessidade de primeiro interrogatório judicial para o investigado preso</i>	807
4.3.3.1 A tendência de direito estrangeiro	807
4.3.3.2 A obrigatoriedade desse procedimento no Brasil	812
4.3.4 <i>Participação obrigatória do Defensor no interrogatório na fase das investigações</i>	821
4.3.4.1 A tendência de direito estrangeiro e internacional	821
4.3.4.2 A conveniência político-crimal da intervenção obrigatória do defensor no interrogatório investigativo no Brasil	829
4.3.5 <i>A conveniência político-crimal da gravação do interrogatório do investigado (especialmente o preso)</i>	832
4.3.6 <i>Outras garantias procedimentais de controle</i>	836
4.3.7 <i>Necessidade de rever as “técnicas” de interrogatório à luz dos valores do Estado de Direito</i>	839
4.4 UM TEMA INEXPLORADO NO BRASIL: A RETENÇÃO MOMENTÂNEA DA LIBERDADE	844
4.4.1 <i>Diversas modalidades de retenção momentânea da liberdade</i>	844
4.4.2 <i>Admissibilidade constitucional e legal das retenções momentâneas de liberdade no Brasil</i>	849
4.4.3 <i>Garantias procedimentais de controle: a necessidade de documentação e comunicação ao Ministério Público das restrições momentâneas de liberdade</i>	863

4.5	SEGUE: A CONDUÇÃO COERCITIVA DE TESTEMUNHAS OU DO INVESTIGADO.....	873
4.5.1	Breve visão do direito estrangeiro	874
4.5.2	Pré-requisitos da condução coercitiva	878
4.5.3	Segue: a autoridade competente para determinar a condução coercitiva.....	881
4.5.4	Garantias procedimentais de controle da condução coercitiva	890
4.6	CONTROLE DE IDENTIFICAÇÃO	894
4.6.1	Considerações iniciais.....	894
4.6.2	Dever de se identificar e abrangência da identificação.....	897
4.6.3	Breve visão de direito comparado sobre o controle de identificação.....	902
4.6.4	Pressupostos de fato do controle de identificação	907
4.6.4.1	Suspeita de que a pessoa é autora de crime	907
4.6.4.2	Suspeita de que a pessoa é procurada pela Justiça	918
4.6.4.3	Suspeita de descumprimento de ordem judicial restritiva de direitos	919
4.6.4.4	Suspeita de que a pessoa é testemunha de crime.....	922
4.6.4.5	Controle de identificação de segurança pública (preventivo).....	923
4.6.4.6	Controle de identificação administrativo (controle de autorização ou de acesso).....	927
4.6.5	Legitimidade Ativa	929
4.6.6	Garantias procedimentais de controle.....	930
4.7	REVISTA PESSOAL	933
4.7.1	Inserção no quadro de garantias fundamentais	933
4.7.2	Revistas de segurança vs. revistas de investigação criminal	937
4.7.3	Revistas pessoais vs. intervenções corporais	945
4.7.4	Pré-requisito das revistas de investigação criminal: as fundadas razões.....	954
4.7.5	Procedimento.....	959
4.7.6	Garantias procedimentais de controle.....	963
4.8	BUSCAS DOMICILIÁRIAS	969
4.8.1	Inserção no quadro de garantias fundamentais.....	969
4.8.2	Conceito de domicílio.....	970
4.8.3	Buscas sem autorização judicial	973
4.8.3.1	Buscas com consentimento do morador	973
4.8.3.2	Buscas na sequência de uma prisão em flagrante delito	977
4.8.3.3	Segue: flagrante e crime permanente	982
4.8.3.4	Buscas em caso de desastre ou para prestar socorro (e as buscas de segurança pública)	985
4.8.4	Observações sobre o controle das buscas domiciliárias com autorização judicial.....	989
4.8.5	Necessidade de controle judicial e do Ministério Público sobre as iniciativas de ofício da Polícia de violações domiciliárias	991
4.8.6	Garantias procedimentais de controle da busca domiciliar	997
4.8.7	Apreensão e seu controle.....	1001
4.9	UM ASPECTO INSTRUMENTAL IMANENTE: O USO DA FORÇA E SEU CONTROLE PROCESSUAL.....	1007
4.9.1	Aspectos materiais do uso da força.....	1007
4.9.2	Garantias procedimentais de controle do uso da força.....	1021
4.9.3	Segue: uso de algemas.....	1029
4.10	VEDAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS COMO SANÇÃO PROCESSUAL DISSUASÓRIA DA REITERAÇÃO DO DESVIO POLICIAL	1035
4.11	CONSIDERAÇÕES FINAIS	1045
5	CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO EXTRAPROCESSUAL DA ATIVIDADE POLICIAL: AUDITORIA E RESPONSABILIZAÇÃO	1047
5.1	PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA O EVENTUAL DESVIO POLICIAL E SUA RESPONSABILIZAÇÃO COMO DECORRÊNCIAS DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	1048
5.1.1	Proteção jurídica individual e coletiva, preventiva e repressiva, contra o desvio policial.....	1048
5.1.2	Relevância constitucional da responsabilização do desvio policial.....	1052
5.1.3	Segue: Jurisprudência de Cortes Internacionais sobre a obrigação estatal de investigação eficiente de desvios policiais.....	1060
5.2	EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS DE AUDITORIA E INVESTIGAÇÃO DOS DESVIOS POLICIAIS.....	1071
5.2.1	Diretrizes da ONU	1071
5.2.2	Experiências dos sistemas de Common Law (EUA e Reino Unido).....	1075

5.2.3 Experiências dos sistemas europeus continentais e outras referências.....	1084
5.2.4 Análise crítica.....	1092
5.3 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE EXTERNO EXTRAPROCESSUAL DA ATIVIDADE POLICIAL	1094
5.3.1 A inexistência do controle externo administrativo disciplinar no sistema brasileiro e os instrumentos de fiscalização do Ministério Público do pequeno desvio policial: análise crítica.....	1094
5.3.2 A possibilidade constitucional de criação de uma agência de controle externo disciplinar da atividade policial no Brasil.....	1100
5.4 AUDITORIA DA ATIVIDADE POLICIAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	1103
5.4.1 Estruturação de um núcleo especializado no controle externo da atividade policial	1103
5.4.2 Áreas da “auditoria” do padrão real de atuação policial	1106
5.4.2.1 Informações recebidas na análise processual de inquéritos policiais.....	1107
5.4.2.2 Análise das reclamações contra a atividade policial.....	1108
5.4.2.3 Visitas de inspeção periódicas	1108
5.4.2.4 Acesso a documentos ligados à atividade fim policial	1111
5.4.2.5 Controle de ocorrências policiais que não geram instauração de IP	1114
5.4.2.6 Incremento da transparência do processo de esclarecimento dos eventuais desvios policiais	1116
5.4.2.7 Fiscalização das sindicâncias disciplinares que contém notícias de crimes	1121
5.4.2.8 Fiscalização da transparência democrática da política-criminal policial	1122
5.4.3 Dever de elaboração de relatórios periódicos sobre a atividade ministerial de controle externo da atividade policial.....	1129
5.4.4 Tutela judicial do controle externo da atividade policial.....	1132
5.4.5 Estratégias político-criminais de controle do desvio policial.....	1137
5.4.5.1 Violência policial	1138
5.4.5.2 Corrupção	1144
5.4.5.3 Fraude investigativa.....	1146
5.4.5.4 Omissão policial.....	1147
5.4.6 Segue: sistemas de intervenção precoce no desvio policial.....	1153
5.5 INVESTIGAÇÕES DE DESVIOS POLICIAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	1155
5.5.1 Dever de receber representações quanto a desvios policiais	1160
5.5.2 Dever de estruturar um serviço de investigação próprio	1165
5.5.3 Poderes específicos do Ministério Público na condução direta da investigação de crimes praticados por policiais.....	1172
5.6 ASPECTOS ESPECÍFICOS DA PERSECUÇÃO PENAL DO DESVIO POLICIAL	1175
5.6.1 Consequências da perspectiva organizacional do desvio policial para a responsabilidade penal.....	1175
5.6.2 A fragilidade da prova do desvio policial.....	1181
5.6.3 Direito ao silêncio vs. dever de justificar a atuação policial.....	1184
5.6.4 Prisão preventiva de policiais	1188
5.6.5 Afastamento cautelar do cargo.....	1190
5.6.6 Mediação como possível resposta ao pequeno desvio policial	1192
5.6.7 A preferência legal de tramitação de crimes praticados com maus tratos ou tratamento desumano e degradante por agentes do Estado	1194
5.6.8 A possibilidade de federalização da persecução penal decorrente de crimes graves praticados por policiais no âmbito estadual.....	1196
5.7 “QUIS CUSTODIET CUSTOS CUSTODIEM?”: O CONTROLE DO CONTROLE	1200
CONCLUSÕES.....	1209
REFERÊNCIAS.....	1237

INTRODUÇÃO

Apresentação

O presente trabalho procura analisar os fundamentos e o alcance do princípio constitucional que determina o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público brasileiro, inscrito na CRFB/1988, art. 129, VII.

Passados mais de dois milênios, a lição de João Batista aos policiais de sua época, inscrita no texto de Lucas 3:14 (citado na epígrafe deste trabalho), parece tão atual quanto nunca: violência e corrupção foram sempre as tentações da atividade policial. Com efeito, o Brasil e os países da América Latina em geral possuem uma história de desrespeito policial aos direitos fundamentais. Apesar de se ter alcançado um relativo avanço na redução da violência policial em comparação com o período da ditadura militar, várias práticas violentas ainda persistem na cultura policial, especialmente contra segmentos mais pobres e excluídos. Segundo Zaffaroni, a operatividade violenta do sistema punitivo é uma característica marcante na América Latina, criando uma forte crise de legitimidade de todo o sistema penal¹.

A violência policial não é apenas um fenômeno isolado de alguns poucos policiais que desviam do padrão de conduta. É um fenômeno mais complexo, que deriva de cultura de violência que se reproduz na instituição e sobrevive às reformas. Isso significa que os integrantes da Polícia interpretam suas ações a partir de seu ponto de vista organizacional, com um conjunto de critérios próprio para avaliar sua eficiência. Surgem, assim, ideologias institucionais que eventualmente fomentam um “poder policial paralelo” guiado pela ideia e que “a lei atrapalha a eficácia da Polícia”, em que é enunciada uma “guerra ao crime” sob o lema “lei e ordem” e cujo preço seria um salvo-conduto à violência policial². Daí desenvolve-se uma cultura policial de tolerância às arbitrariedades, como inerentes à sua atividade, dissociando o discurso jurídico teórico da prática. Também se desenvolvem outros fenômenos como a

¹ Zaffaroni, 1991:16.

corrupção policial, o desvio de poder, a cooptação pelo crime organizado, a criação de milícias organizadas.

Essas considerações não significam dizer, é óbvio, que todos os policiais são violentos ou corruptos. Ao contrário, a submissão de muitos policiais a condições desumanas de trabalho, expostos a grave risco à vida para a promoção da segurança pública, usualmente sem assistência psicológica adequada, também é uma grave violação de direitos humanos. O ponto central dessa tese parte do reconhecimento de que existe um risco inerente à função policial de se manifestarem fenômenos de violência e corrupção na ausência de mecanismos eficientes e controle no nível organizacional da Polícia. Há diversas experiências que demonstram que onde não existem tais mecanismos de controle, há uma forte tendência de o desvio policial florescer. Por mais que existam inúmeros policiais honestos e comprometidos com o exercício ético de sua profissão, há fatores endógenos no exercício da atividade policial que a tornam um palco sensível para a restrição de direitos fundamentais dos cidadãos. Apesar de usualmente policiais não se agradem de abordar abertamente esse tema, ante o receio de generalizações ou de se denegrir a imagem da instituição na qual trabalham, uma abordagem clara e profunda do problema (mas equilibrada e sem alardes) é essencial para sua eventual resolução³.

Quais são as consequências do reconhecimento desse fenômeno para o paradigma constitucional brasileiro? Como o Estado de Direito deve reagir frente ao reconhecimento desse perigo inerente à atividade policial e como isso se relaciona com o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público? O presente trabalho procura analisar o “porquê”, “quem”, “o que”, “quando” e “como” do controle da atividade policial.

Ciente do desafio de alterar uma cultura de violência, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu um novo sistema de direitos fundamentais centrados no respeito e promoção da dignidade da pessoa humana, criando um arcabouço de direitos fundamentais e instituindo uma série de garantias fundamentais para a sua efetivação. Destacam-se as disposições relativas ao respeito ao sujeito passivo da persecução penal, especialmente na fase das investigações (momento em que o uso da força é mais sensível). Nesse sentido, é possível reconhecer que existe um princípio fundamental da vedação da violência

² Lembruger *et al.*, 2003:57.

³ Indicando a resistência de policiais em abordarem temas como a corrupção policial, v. M. Rolim, 2006:32.

policial, guiado pelo princípio da proporcionalidade, segundo o qual deve se assegurar máxima efetividade da persecução penal com o mínimo de arbitrariedades. Essa força deve ser necessariamente balizada pela regulamentação legal a mais fechada possível, como forma não apenas de respeito ao devido processo legal, mas também de restrição às brechas de discricionariedades inerentes à atividade policial⁴. Assim, a segurança pública deve se realizar necessariamente mediante o respeito ao princípio fundamental da vedação da violência policial e com garantias de controle (ou contenção) desse fenômeno. A interpretação desse sistema de direitos fundamentais, para ser efetiva, não pode se limitar a uma construção juspositivista estritamente dogmática, mas deve necessariamente incorporar um viés emancipatório e garantidor, que assuma o compromisso prático com a alteração da realidade, numa dimensão progressiva e dinâmica, potencializadora da máxima efetividade do sistema de direitos fundamentais, sem prescindir das bases teóricas de sua justificação constitucional⁵.

Em um Estado Democrático de Direito, toda atividade estatal é guiada pela ideia central de soberania popular e limitação de poderes em função da realização do programa constitucional de realização dos direitos fundamentais⁶. Dessa construção, deriva que a atividade policial deve ser vista como um serviço público prestado pelo Estado, que deve ser eficiente para assegurar a segurança pública, como pressuposto de um ambiente livre da violência para o desenvolvimento da pessoa humana, mas controlado para também ele mesmo não se tornar um novo fato de introdução de violência e insegurança. Assim, como todo e qualquer serviço público, deve haver prestação de contas à sociedade (*accountability*) da eficiência e legalidade das ações policiais, institucionalizada mediante canais próprios de controle⁷.

Para dar concretude à vedação de arbitrariedades policiais, a Constituição Brasileira estabeleceu no seu art. 129, inciso VII, ser função institucional do Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial. O Ministério Público é visto no projeto constitucional como uma instituição que é ela mesma uma garantia de efetividade dos direitos fundamentais, ao atuar como grande *Ombudsman* da ordem jurídica. Assim, o grande fiscal tem a

⁴ Sobre as brechas de discricionariedade na atuação policial, ver: J.F. Dias e M.C. Andrade, 1984:443 *et seq.* Ver também críticas a essas brechas como uma das principais causas da violência policial: A.T.M. Costa, 2004.

⁵ Aprofundaremos esse tema adiante, no cap. 2.

⁶ Destacando essas duas características marcantes: Perez Luño, 2003: cap. 4 e 5.

⁷ As referências sobre a *accountability* na atividade policial são extensas na doutrina norte-americana. Dentre outros, ver: Walker, 2005; Goldstein, 2003.

atribuição de ser um agente de transformação social, assegurando que haja uma mudança na tradicional cultura de violência policial, mediante uma atuação estruturada e profissional nessa seara.

Essa função do Ministério Público não é de todo inédita. De maneira semelhante, a Constituição Portuguesa estabelece no art. 219.1 que compete ao Ministério Público português participar da execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal e defender a legalidade democrática. Em concretização a essa norma constitucional, estabelece o art. 3º, alínea “m”, da LO 60/1998 que o Ministério Público deve “fiscalizar a atividade processual dos órgãos da polícia criminal”, já que nesse sistema o Ministério Público dirige diretamente a investigação criminal (art. 53.2.b do CPP português). Inúmeros outros países têm estruturado sistemas de controle processual e extraprocessual da atividade policial. Um estudo de direito comparado sobre a estruturação desses mecanismos de controle externo da atividade policial será muito frutífero para se confrontar as soluções de outros países com as do sistema brasileiro, na perspectiva da otimização da sua compreensão, de uma releitura e de eventual reforma.

No Brasil, a Lei Complementar n. 75/93, em seu art. 9º, disciplinou a atividade de controle externo da atividade policial de maneira relativamente tímida, necessitando-se, para que se extraia a máxima efetividade normativa do dispositivo constitucional, maior delimitação teórica de sua abrangência. Assim, ainda carece a doutrina pátria de um estudo que articule, em corte interdisciplinar, as perspectivas sociológica, constitucional, penal, processual penal e, especialmente, político-criminal, para se dar efetividade à disposição constitucional. Há escassa doutrina brasileira sobre o tema⁸. Cremos ser possível propor uma nova visão sobre as atribuições da Polícia e Ministério Público a partir de uma correta configuração da ideia de controle externo da atividade policial, numa perspectiva global das relações processuais e extraprocessuais entre esses atores jurídicos.

No plano doutrinário, o conceito do que é (ou deveria ser) o controle externo da atividade policial ainda não é unívoco, podendo ser elencadas as seguintes atividades que em

⁸ Na doutrina brasileira, há basicamente duas obras com uma análise alongada do tema do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público: Freyesleben, 1993; D.C. Ribeiro, 2003:183-322; R.R.C. Guimarães, 2008. As demais obras pátrias, em geral, limitam-se a algumas poucas laudas na análise meramente legal do tema.

muitas situações são referidas como sendo integrante do conceito de controle externo: controle da eficiência da atividade policial pelo órgão de acusação; comunicação e controle de todas as ocorrências de crimes pelo titular da ação penal, evitando-se ações policiais fora de controle formal ou a subnotificação de delitos; controle das linhas de investigação pelo órgão de acusação; existência de mecanismos processuais de documentação e prestação de contas (fiscalização) da atividade policial (direito fundamental a normas de organização e procedimentos: aspectos preventivo e repressivo); existência de mecanismos eficientes de questionamento da legalidade da atuação policial pelo cidadão, visando à apuração e repressão dos desvios, ou prestação de contas da atividade policial (proposição de punições administrativas ou criminais); regulamentação estrita da atividade policial, fechando-se as brechas de discricionariedade; atividade de auditoria de procedimentos policiais, visando reformas institucionais na Polícia (mediante inspeções, relatórios, recomendações, ou acompanhamentos); maior participação popular na gestão das políticas públicas de segurança, ou ainda trabalhos educativos de conscientização de cidadania e estímulo à formulação de reclamações sobre desvios policiais, para efetiva sua resolução. A delimitação do que é efetivamente o controle externo da atividade policial é um tema que necessita ser mais bem teorizado e sistematizado, para alcançar toda sua virtualidade.

A própria justificação do controle externo e seu alcance ainda são flutuantes, e essa incerteza mina a estruturação de um sistema efetivo de controle e prestação de contas (*accountability*) que devem necessariamente derivar desse imperativo constitucional. O presente trabalho parte da premissa que a ideia de Estado de Direito se assenta em cinco pilares e todos eles possuem relação direta com o exercício do controle externo sobre a atividade policial: sistema de direitos fundamentais, legalidade, fiscalização dos poderes, proteção jurídica e responsabilização pelo desvio⁹. Essa configuração da relevância constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público poderá ensejar um conjunto de ações tanto para o controle processual das investigações criminais, quanto para o exercício de uma atividade continuada de auditoria do padrão de atuação policial e de responsabilização eficiente pelos desvios, que poderão, associados a diversas outras variáveis, colaborar para uma diminuição do risco de desvio inerente à atividade policial, circunscrevendo a Polícia à sua função

⁹ Caetano, 2006:321-2; Miranda, 2008:218; Canotilho, 2003:255; Novais, 2006b; Benda, 2001:488; Pérez Royo, 1998:192; J.A. Silva, 2002:122.

constitucional de promoção da segurança pública e de colaboração com a realização da Justiça Criminal.

Ao longo do trabalho, muitos temas serão abordados, como o sistema brasileiro de se permitir ao Ministério Público a direção das investigações, numa partilha de atribuições diretivas com o delegado de polícia, a necessidade da fiscalização processual das diversas diligências de iniciativa autônoma da polícia potencialmente restritivas de direitos fundamentais. Todavia, também serão abordados os caminhos para a construção de um sistema que permita circunscrever a atividade policial às suas finalidades de eficiência e contenção de arbitrariedades, através de uma atividade constante de auditoria do padrão de atuação policial realizada fora da análise individual de cada procedimento, destinado à reforma e aperfeiçoamento das estruturas policiais e a uma reconciliação democrática entre a Polícia e a sociedade civil. Essa atividade também passará pela investigação e persecução dos desvios policiais, enquanto instrumento de responsabilização e de prevenção da reiteração do desvio policial. O estudo destes e outros temas correlatos são essenciais para a efetividade do controle externo da atividade policial e, por consequência, para a efetividade do sistema de direitos fundamentais.

A atuação eficiente do Ministério Público no controle externo da atividade policial não é apenas um imperativo normativo-constitucional. O exercício do poder de polícia de forma democrática é pressuposto essencial para a efetividade da segurança pública em um Estado de Direito, pois a persistência de violações dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos práticas de violência no seio de instituições policiais é um câncer que retira a credibilidade da atuação de todo o Sistema de Justiça Criminal e compromete a própria efetividade do controle social estatal, ao instalar um regime de “democracia sem cidadania” ante a violação sistêmica de direitos fundamentais por aqueles que deveriam ser responsáveis por seu respeito.

Justificativa

O reconhecimento da existência da atribuição constitucional de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não significa reconhecer que o Ministério Público brasileiro esteja desempenhando a contento essa missão constitucional. A instituição tem grande potencial, mas ainda “patina” em determinados pontos ao exercer essa atribuição.

Lemgruber, Musumeci e Cano, comentam a atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial da seguinte forma¹⁰:

[...] essas vastas atribuições de direito nunca foram exercidas de fato, salvo em casos isolados, representados por ‘células’ ativistas dentro de alguns Ministérios Públicos estaduais, que direcionam esforços específicos para a redução da violência policial e dos abusos cometidos pela polícia.

E concluem, amparados em estudo sócio-jurídico de opiniões dos próprios membros do Ministério Público, que a eficiência desse órgão no exercício do controle externo tem sido ruim, abaixo da expectativa do projeto constitucional. No mesmo sentido, comentando a disposição constitucional sobre o controle externo, conclui Mazzilli que ela é “importante, mas até agora praticamente inócua, pois que, em muitos Estados, nada ou muito pouco se fez de concreto nessa área, por falta de vontade política”¹¹. Durante o ano de 2009, o então presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, afirmou em entrevista que o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público seria, em muitos casos, algo “littero-poético-recreativo”, chegando a propor publicamente a criação de uma “Corregedoria Judicial de Polícia” para exercer o controle externo da atividade policial, o que na oportunidade foi fortemente criticado pelos integrantes do Ministério Público¹².

Ainda que relevado eventual excesso de pessimismo nas críticas, e considerando a evolução da atuação ministerial desde as pesquisas referidas, é certo que há grande verdade na deficiência de atuação ministerial nessa área. Passados mais de 20 anos da Constituição Federal Brasileira, constata-se que ainda há um longo caminho a se percorrer para que se alcance um padrão minimamente aceitável de controle da violência policial. Por um lado, essa omissão decorre de uma falta de organização interna, ou de mecanismos internos de cobrança para que os membros do Ministério Público sejam efetivos no exercício do controle externo da atividade policial. Por outro lado, há uma ausência de refinamento do instrumental jurídico apto a colocar em prática determinados mecanismos de controle, aliado a uma forte resistência da Polícia em aceitar o controle externo da atividade policial.

¹⁰ Lembruger *et al.*, 2003:122-123.

¹¹ Mazzilli, 2008:140.

¹² Conferir entrevista, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/brasil/ult96u543459.shtml>>. Acesso em: 17 dez. 2013.

O resultado é um quadro de ausência de investigações dos crimes de tortura praticados por policiais, o elevado número de vítimas letais nas operações policiais, a persistência das prisões para averiguação, o elevado volume de reclamações de membros da sociedade, a existência de grupos de extermínio compostos por policiais, padrões discriminatórios de abordagem enraizados na atividade policial, uma ineficiência sistemática no esclarecimento de crimes, entre outros¹³.

Paralelamente, há intenso debate no Brasil sobre a possibilidade ou não de o Ministério Público realizar investigações criminais diretamente. Esse debate teve manifestação palpável quando, após parlamentares ligados ao *lobby* dos delegados de polícia proporem PEC que proibia o Ministério Público de realizar investigações criminais (a PEC n. 37/2011, que ficou conhecida como a “PEC da impunidade”), com fortíssima recepção no Congresso Nacional. Todavia, seguiu-se a partir de junho de 2013 uma onda inédita de manifestações públicas em escala nacional, com diversos temas de reivindicações, entre os quais estavam o arquivamento dessa PEC n. 37/2011, manifestações contra a violência policial e contra a insegurança pública. A aprovação quase certa da referida PEC foi obstada tão somente por esse movimento popular sem precedentes¹⁴. Esses movimentos podem ser interpretados como um referendo da sociedade brasileira ao projeto constitucional de não afastamento do Ministério Público da fase investigativa e de exigência de uma atuação mais eficiente no controle externo da atividade policial. Todavia, existem inúmeras outras propostas em andamento no Congresso Nacional brasileiro tendentes à supressão da possibilidade de o Ministério Público controlar as polícias e alimentadas pelo forte *lobby* político ligado aos delegados de polícia. Pode-se dizer que o controle externo da atividade policial é um dos temas dos mais sensíveis na atual quadratura política brasileira, no âmbito das reformas processuais penal.

Apesar desse quadro político conflituoso, a diminuição da violência policial não poderá ser alcançada sem o estabelecimento de mecanismos efetivos de controle e prestação de contas à sociedade, seja diretamente, seja através do órgão constitucionalmente encarregado, o Ministério Público. Ademais, o aprimoramento do controle externo da atividade policial pelo

¹³ Sobre a persistência de práticas de violência e corrupção policial no período pós-redemocratização, ver em geral: R.K. Lima, 1995; Cavallaro, 1997; Lemgruber *et al.*, 2003; A.T.M. Costa, 2004; Lyra *et al.*, 2004; Huggins *et al.*, 2006; Alston, 2009; MNDH, 2012.

¹⁴ Sobre o tema, v. Silva e Pires, 2013; E. Teles, 2013.

Ministério Público não está relacionado tão somente à contenção de possíveis arbitrariedades, mas necessariamente produzirá investigações de melhor qualidade e colaborará com a com o valor constitucional da segurança pública. Mas para que exista esse controle, é necessário delimitar o que é o controle externo e como vai se realizar. Daí a relevância de um estudo sistematizado para sedimentar bases sólidas para a atuação estruturada do Ministério Público no exercício do controle externo da atividade policial.

Outros países possuem lições muito ricas para o sistema jurídico brasileiro. A comparação com Portugal é relevante tanto pela herança da cultura jurídica que une Brasil e Portugal, como pelas convergências (e peculiaridades) entre os sistemas penais de ambos os países, pois em Portugal os integrantes do Ministério Público são considerados magistrados, com competência de dirigir a investigação criminal e a função de fiscalizar a legalidade democrática e a atividade processual dos órgãos de investigação criminal. Apesar de o Ministério Público brasileiro não ser formalmente uma magistratura, suas garantias funcionais se equiparam em independência (talvez sejam até mesmo mais intensas) e suas atribuições de promover a ação penal, controlar externamente a atividade policial e de ser um grande fiscal da legalidade acabam por aproximar a lógica de atuação das instituições. Daí que, dada a grande semelhança no quadro constitucional, a comparação de sistemas tenha grande utilidade quanto aos resultados alcançados. Assim, a análise de outros sistemas europeus continentais permitirá recolher as tendências de estruturação das formas de controle da atividade policial e fornecer subsídios para iluminar o caminho da solução de problemas no Brasil. Elas certamente indicarão que há áreas de controle da investigação criminal que não podem ser subtraídas do Ministério Público, porque indissociáveis do exercício da ação penal e de sua função de fiscal da ordem jurídica, e que há inúmeras diligências policiais em que atualmente são realizadas de forma desregrada, sem maior reflexão quanto ao elevado risco de prática de arbitrariedades, e que, quando confrontadas com soluções alienígenas, demonstrarão a carência de mecanismo de controles e inspirarão soluções mais aperfeiçoadas.

Objetivos e hipóteses

O trabalho possui o objetivo geral de delimitar o fundamento e o alcance do princípio constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público (CRFB/1988, art. 129, VII).

Para tanto, será necessário investigar quais são as razões que fundamentam a existência do controle externo da atividade policial, tanto numa perspectiva sociológica (necessidade fática de controle) quanto numa perspectiva político-filosófica (necessidade política de controle) e sua concretização no âmbito constitucional (imposição jurídico-constitucional de controles).

Também será necessário realizar uma pesquisa sócio-jurídica sobre a forma de realização do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, tanto no âmbito processual (direção e fiscalização), quanto no âmbito extraprocessual (auditoria e responsabilização). Procura-se construir as bases dogmáticas de um sistema mais aperfeiçoado de controle do possível desvio policial sob a ótica político-criminal.

Parte-se da premissa de que há um déficit operacional de garantias de controle da atividade policial no sistema jurídico brasileiro, que potencializam desvios e arbitrariedades. Também se pressupõe que um olhar atento sobre como estão estruturadas as relações entre Ministério Público e Polícia, bem como de outras agências de controle que exerçam funções correlatas, em sistemas jurídicos alienígenas, pode trazer valiosos subsídios para a superação desse modelo atual. As propostas serão indicadas tanto *de lege lata*, mediante uma melhor utilização pelo Ministério Público dos instrumentos processuais de que já dispõe, ou ainda mediante uma leitura mais ampla da abrangência desses procedimentos atuais à luz da máxima efetividade da garantia constitucional da vedação de arbítrios, quanto *de lege ferenda*, mediante a indicação de áreas que merecem reparo legislativo. Trata-se de um trabalho hermenêutico de “ler certo por linhas tortas”, relendo a legislação infraconstitucional à luz dos princípios constitucionais e das disposições constantes de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Como objetivos específicos, o trabalho visa responder aos seguintes problemas (correspondentes aos capítulos do trabalho):

(1) Porque existe desvio policial? Ele é inevitável? É possível minimizar sua ocorrência? Como?

(2) É possível afirmar que o controle externo da atividade policial é uma exigência do Estado Democrático de Direito como garantia de controle do desvio policial? É possível afirmar que existe um princípio jusfundamental que determina a existência de mecanismos eficientes de controle externo da atividade policial? Qual a relação entre democracia, *accountability* e atividade policial? Quais são as garantias constitucionais relacionadas ao controle externo da atividade policial? Qual é a influência do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais na interpretação das disposições legais relativas ao controle externo da atividade policial? Afinal, o que é o controle externo da atividade policial? Quais são as categorias jurídicas “chaves” que rodeiam esse problema jurídico?

(3) Como se realiza a direção das investigações criminais nos seguintes países Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha e Inglaterra? Em que essas experiências podem inspirar uma releitura nas relações entre Ministério Público e Polícia no Brasil, especificamente no âmbito da direção das investigações criminais?

(4) É possível reconhecer no direito brasileiro um déficit de garantias processuais de controle da atividade policial? Como outros sistemas regulamentam o controle processual das diligências realizadas por iniciativa autônoma da Polícia, tais como interrogatórios, retenções, condução coercitiva, controle de identificação, revistas pessoais, intervenções corporais, buscas domiciliares ou o uso da força imane a tais diligências? Quais experiências reveladas pelo estudo de direito comparado podem ser validamente implementadas no Brasil *de lege lata* ou seriam recomendáveis *de lege ferenda*?

(5) Quais são as experiências internacionais de controle externo destinadas à prevenção de desvios policiais? Como tais experiências se aplicam ao contexto brasileiro? Como a responsabilização do desvio policial está inter-relacionada com o sistema constitucional de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público?

A investigação parte das seguintes hipóteses de pesquisa:

(1) A atividade policial possui peculiaridades que a tornam especialmente sensível à prática de desvios policiais, que não podem ser explicados exclusivamente no nível individual, mas necessariamente no nível organizacional, a exigir, portanto, soluções organizacionais de controle.

(2) O desvio policial é inaceitável, pois mina a legitimidade de toda atividade de segurança promovida pelo Estado. O paradigma do Estado Democrático de Direito impõe que a atividade policial respeite os direitos fundamentais dos cidadãos, seja realizada dentro da legalidade e submete-se a instrumentos de fiscalização constante e prestação de contas. O Ministério Público é uma das instituições encarregadas de controlar a polícia, particularmente relevante no âmbito das investigações criminais ante suas funções de promover a ação penal, exercer o controle externo e fiscalizar o respeito aos direitos fundamentais de forma geral. Essa fiscalização se realiza através de quatro frentes de ação: controle processual diretivo mediato, controle processual de fiscalização da legalidade, controle extraprocessual de auditoria, responsabilização do desvio policial.

(3) No sistema processual penal brasileiro, a Polícia executa a investigação como regra geral, o delegado de polícia possui autonomia para dirigir imediatamente a atividade investigativa nos primeiros momentos após o crime, mas o Ministério Público possui um poder de direção mediata, consistente na obrigatoriedade de toda investigação criminal ser-lhe submetida, e de direcionar os rumos da investigação nesse momento imediatamente posterior.

(4) No sistema processual penal brasileiro, o Ministério Público deve obrigatoriamente fiscalizar a legalidade das diligências investigativas realizadas pela Polícia, especialmente as de iniciativa autônoma. Reconhece-se na prática um baixo nível de controle dessas diligências, mas uma releitura da legislação à luz do princípio constitucional do controle externo da atividade policial permite um reenquadramento dessas relações entre Polícia e Ministério Público, bem como com o Poder Judiciário.

(5) O princípio constitucional do controle externo da atividade policial impõe a realização de uma atividade extraprocessual contínua de auditoria do padrão de atuação policial, para a alteração de padrões de atuação potencialmente desviantes, bem como impõe a realização de uma atividade autônoma pelo Ministério Público de responsabilização do desvio policial.

Na análise desses diversos tópicos, procurar-se-á investigar quais são os mecanismos processuais que asseguram que a polícia efetivamente irá respeitar os limites legais para sua atuação, ou seja, as garantias destinadas a evitar ou minimizar os desvios. Esses instrumentos poderão ser a submissão da atividade investigativa às instruções da autoridade responsável pela acusação criminal, obrigações de elaboração de relatórios e comunicações processuais, ou ainda regramentos que diminuam os espaços de discricionariedade sobre os pressupostos de fato ou as consequências jurídicas das diversas medidas de polícia. Cada capítulo fará uma análise das experiências estrangeiras seguidas de uma análise quanto à sua virtualidade ao sistema jurídico brasileiro.

Em relação ao controle processual de fiscalização das diversas diligências policiais (cap. 4), seria possível eleger diversas outras áreas de investigação além das já indicadas, como as interceptações telefônicas e ambientais, problemas ligados ao agente infiltrado, ação controlada, delação premiada, controle de informações pessoais constantes de bancos de dados policiais, a vigilância continuada, ou as investigações do *cybercrime*, a proteção de testemunhas ou a paridade de armas da defesa na fase investigativa. Também seria possível uma abordagem mais profunda de problemas como violência penitenciária, controle de manifestações coletivas, extorsão policial, grupos de extermínio, corrupção e leniência, entre outros. Todavia, o trabalho realizará o recorte epistemológico do objeto da pesquisa sobre os temas acima já delineados, por entender que são as situações mais usuais de conflitos no relacionamento Polícia-cidadão, bem como para permitir uma limitação no foco da pesquisa, de sorte que o estudo de direito comparado efetivamente compare categorias semelhantes, para possibilitar a extração de resultados efetivos desse cotejo. Assim, aqueles outros temas não serão objeto de aprofundamento no estudo dos métodos de controle processual, sem prejuízo que eventualmente se faça menção aos mesmos na análise dos métodos extraprocessuais de controle externo.

Metodologia

Para uma articulação interdisciplinar do tema, o trabalho integrará diversos marcos teóricos, em especial: (a) a sociologia das organizações para a análise do fenômeno do desvio policial (especialmente a violência policial), associada a uma abordagem criminológica

necessariamente crítica, não centrada no discurso “lei e ordem” e de eficiência penal, mas sim num modelo de garantismo constitucional fundado no discurso da cidadania e dos direitos humanos; (b) a teoria do Estado Democrático de Direito, segundo a qual todo exercício de poder deve ser limitado pelo respeito aos direitos fundamentais, submetido à legalidade e à fiscalização, criando-se garantias processuais de controle, com uma interpretação guiada pela perspectiva emancipatória do direito, compromissada com a mudança da realidade; (c) estudo de direito comparado sobre as relações entre Polícia e Ministério Público sobre a direção da fase da investigação criminal (cap. 3), sobre a fiscalização da legalidade das diversas diligências investigativas (cap. 4) e sobre a estruturação e funcionamento das agências de controle externo da atividade policial (cap. 5) nos diversos países selecionados como paradigmas, e suas experiências positivas; (d) análise crítica desses elementos.

O tipo genérico de investigação pretendida é o jurídico-compreensivo, que parte da decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis. Na realização da pesquisa, recorrer-se-á, predominantemente, à técnica da pesquisa bibliográfica em livros, artigos doutrinários e repertório jurisprudencial, nacional e estrangeiro. Para as citações, foram utilizadas em linhas gerais as regras da ABNT, com adaptações tópicas deste autor¹⁵.

Procura-se ter uma visão unitária do objeto de estudo, não apenas do fenômeno normativo, mas também em seus aspectos sociológicos e históricos, já que em termos práticos a atividade policial não é apenas uma porta de entrada para o Sistema de Justiça, em muitas situações ela funciona já como uma forma de controle social autônomo. Assim, a violência que as instituições policiais realizam sobre os indivíduos não pode ser totalmente apreendida exclusivamente através de um método de natureza técnico-normativa¹⁶. Por outro lado, o recorte

¹⁵ ABNT, NBR 6023, 6032, 10520, 10522. Preferimos incluir todas as notas de referências no rodapé, no formato “Autor, ano: página”, de forma a deixar o texto mais fluído. Ou seja, nas notas de referências, preferimos citar o nome do autor em caixa baixa e inicial maiúscula, para não poluir o texto, e padronizamos a separação entre ano e página com dois pontos. Nas notas de referência com nome de dois coautores, estes serão separados pela conjunção “e”. As notas de rodapé também foram utilizadas para as notas explicativas. Quando a obra é citada sem indicação de página, é porque se refere a toda a obra *en passant*. Como há larga citação de doutrina estrangeira, preferimos sistematizar que todas as citações diretas serão sempre feitas em língua portuguesa, omitindo-se o esclarecimento “tradução nossa” (cuja conclusão poderá ser facilmente feita pelo cotejo do título em idioma estrangeiro nas referências finais com a transcrição da citação direta em português). Nas referências ao final do trabalho preferimos repetir por extenso o nome dos autores, quando repetidos, para facilitar a ordenação alfabética automática pelo editor de texto. Também preferimos não abreviar o nome do autor, quando disponível a informação.

¹⁶ Destacando esses aspectos para a aplicação em geral do processo penal: Gomes Filho, 1991:4.

normativo deverá ser transdisciplinar, pois a atuação policial encontra-se numa “zona de confluência” do direito administrativo e dos direitos penal e processual penal, necessariamente informados pelo direito constitucional, sendo essencial sua análise integrada¹⁷.

Roteiro de desenvolvimento

O trabalho será dividido em cinco capítulos. O primeiro capítulo e o início do segundo estão ligados ao “porquê” de se eleger o controle externo da atividade policial como um problema jurídico que justifique a presente investigação (necessidade sociológica e necessidade política de controle). O restante do cap. 2 procura responder ao “o que é” o controle externo da Polícia na perspectiva constitucional. Os demais capítulos procuram responder ao “como” ele se realiza, em sua operacionalidade processual e extraprocessual.

No cap. 1 afirma-se a existência e relevância social do fenômeno do desvio policial. Ele trabalha com os aspectos da criminologia do desvio policial, o “porquê” ele existe. Após uma análise preliminar sobre o que é a atividade policial e sua relação com o uso da força, passa-se a uma análise dos diversos fenômenos de desvio policial, tanto no Brasil (com uma breve análise da persistência histórica de práticas abusivas pela polícia, e sua continuidade no Brasil contemporâneo), quanto no mundo. Após, inicia-se propriamente a análise da criminologia do desvio policial, procurando explicitar as razões organizacionais de sua persistência. Aqui, privilegiou-se a literatura estadunidense e inglesa, por ser a mais avançada nessa análise, ainda que com referências pontuais à literatura criminológica da Europa Continental¹⁸. Também será apresentada uma proposta de sistematização dos possíveis desvios policiais. Também serão analisados os fatores ligados ao securitarismo, que, apesar de serem externos à atividade policial, acabam por fomentar a institucionalização formal de arbitrariedades no âmbito da atividade policial. Nesse ponto, serão analisados algumas áreas específicas de manifestação da tendência securitária no âmbito da atividade policial, como a policialização, o vigilantismo e a progressiva flexibilização dos critérios de restrição de direitos fundamentais na atividade policial.

¹⁷ A.F. Sousa, 2009:xxviii, indicando ainda que em Portugal há uma extrema carência de estudos aprofundados sobre a temática do direito policial. Para uma lista de estudos portugueses sobre a sociologia da atuação policial, v. Recasens i Brunet, 2013:448 e 473-480 (argumentando que há uma ausência de sistematicidade e de aprofundamento, e um saber muito fragmentário e disperso).

¹⁸ Sobre a abrangência da pesquisa científica dos modelos anglo-saxões sobre a polícia, com uma certa tendência hegemônica, v. Ponsaers, Tange e van Ouirive, 2009a:3.

A primeira seção do cap. 2 trabalha o “porquê” da necessidade política do controle externo da atividade policial, ou seja, porque o fenômeno do desvio policial ou a própria flexibilização da regulamentação legal da atividade policial (enquanto institucionalização da possibilidade de desvio) não podem ser simplesmente considerados como inevitáveis, ou mesmo aceitáveis, mas como eles configuram uma grave deslegitimação de toda a ação estatal de promoção de segurança pública, a exigir, portanto, o estabelecimento de mecanismos de controle jurídico estritos. Portanto, esse cap. 2 trata dos aspectos filosófico-políticos do desvio policial. Num primeiro momento, realizar-se-á uma breve análise das posições modernas sobre a necessidade de construção de limites à atuação estatal de promoção de segurança pública, passando por Hobbes, Locke, Montesquieu, Beccaria, Humboldt e Mill. Em seguida se analisará como a construção moderna do conceito de Estado de Direito repercute na necessidade de estabelecer limites à possível arbitrariedade policial, como a introdução do conceito de segurança como direito social alterou essa balança e como o direito fundamental à segurança pública possui um valor complexo, que engloba não apenas a proteção contra agressões de terceiros, mas também a proteção contra agressões do próprio Estado, de sorte que o desvio policial gera uma grave crise de legitimidade na ação estatal. Também se fará referência à tendência de expansão da atividade de prevenção criminal e como a moderna teoria política procura contrabalancear essas tendências conflitantes entre restrições preventivas de direitos e as liberdades públicas.

As demais seções do cap. 2 farão a transição dos aspectos políticos para o campo constitucional, indicando como o paradigma do Estado Democrático de Direito influencia diretamente a configuração da atuação policial e, portanto, relacionando os princípios constitucionais que devem guiar a atividade de controle externo da polícia. Assim, constrói-se o quadro do “o que é” uma atividade policial controlada no paradigma constitucional. Aqui serão analisadas três perspectivas inerentes ao Estado de Direito e suas aplicações à atividade policial: sistema de direitos fundamentais, submissão do Estado à legalidade, e criação de instrumentos institucionais de fiscalização estatal recíproca. Deixar-se-á a análise dos instrumentos de proteção jurídica e de responsabilização dos agentes estatais para aprofundamento nos capítulos subsequentes. Inicialmente, na seção 2.2, indica-se a relevância da submissão da atividade policial aos limites inerentes ao respeito os direitos fundamentais dos cidadãos. Não será feita uma análise exaustiva de todos os direitos fundamentais imbricados na temática, o que seria objeto de um manual de direito policial, mas serão sinalizados alguns princípios relevantes para

essa estruturação, especialmente a inter-relação entre a proscrição de maus tratos e a atividade policial, e o princípio da proporcionalidade como viga-mestra para a resolução dos diversos conflitos inerentes à atividade policial. Em seguida na seção 2.3 realiza-se uma análise da aplicação do princípio da legalidade na atividade policial. O objetivo central dessa seção é ressaltar que, apesar de ser impossível a plena disciplina de todas as possíveis hipóteses da vida que exigem a intervenção policial, há um mandado constitucional de legalidade para a atividade policial que exige a máxima regulamentação possível e, especificamente no âmbito das diligências restritivas de direitos fundamentais no âmbito da atividade policial, há uma reserva constitucional de lei que regulamente de forma mais completa possível os pressupostos de fato, as consequências jurídicas e as garantias procedimentais de controle das medidas de polícia. O tema da discricionariedade policial e seus limites também é objeto de minuciosa análise. Conclui-se pela necessidade de uma lei de atuação policial no Brasil.

Finalmente, na seção 2.4 apresenta-se o modelo constitucional de fiscalização da atividade policial, relacionando-se a criação de canais institucionais de fiscalização recíproca do exercício do poder como inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito. Inicialmente, apresenta-se o conceito de *accountability* policial, em seus diversos níveis (institucional vs. individual; interno vs. externo; processual vs. extraprocessual; difuso vs. concentrado). Em seguida apresenta-se a estrutura constitucional do Ministério Público, apresentando-o como uma “instituição-garantia” dos direitos fundamentais e indicando a relevância de sua atuação no controle externo da atividade policial, tanto na perspectiva de ser titular da ação penal, como na perspectiva de ser um agente constitucional de fiscalização de ilegalidades, vocacionado para ser um “agente de transformações sociais”. Essas considerações serão relevantes para uma posterior proposta de reinterpretação das disposições legais relativas à atuação do Ministério Público no exercício da atividade de controle externo da atividade policial e à luz da interpretação conforme a Constituição, realizada nos capítulos subsequentes. Ao final deste capítulo, propõe-se a densificação da ideia de controle externo da atividade policial (o “como” do controle) em quatro áreas de atuação: controle processual de direção mediata, controle processual de fiscalização da legalidade, controle extraprocessual de auditoria, e a responsabilização pelo desvio policial.

O cap. 3 analisará o primeiro tópico, sobre o controle de direção mediata. Esse capítulo parte de uma pesquisa de direito comparado sobre como os diversos países ali apontados

estruturam sua fase de investigação criminal, tendo sido eleitos três enfoques para a comparação recíproca: a estruturação geral da fase da investigação criminal (titularidade de condução das investigações e interação entre esse órgão e a polícia), o controle da comunicação da notícia do crime, e o nível de liberdade concedido à polícia para realizar diligências de iniciativa própria. Os países objeto da análise são Portugal, Espanha, Itália, França, Alemanha e Inglaterra, com referências pontuais a outros sistemas. Essa primeira seção procura delinear um quadro geral das relações entre Ministério Público e Polícia, que será útil para fornecer elementos críticos para o sistema brasileiro. Especialmente, procura-se delinear que não há sistema que atribua exclusivamente à polícia a condução da atividade de investigação, mas também todos os sistemas possuem válvulas de escape que permitem à polícia ter uma iniciativa de investigação mesmo sem diretrizes específicas no caso concreto, submetidas a um controle *a posteriori*. Também visa reforçar que a não independência da polícia na condução das investigações é vista em todos os sistemas como uma garantia contra arbitrariedades, bem como da tendência de maior atuação investigativa direta do Ministério Público dentro do paradigma investigativo da criminalidade organizada.

As demais seções vão concretizar essas críticas, analisando o sistema brasileiro sob quatro aspectos: a estrutura constitucional da fase investigativa no Brasil, o controle das comunicações de crimes, os poderes do Ministério Público perante a polícia judiciária na fase das investigações e a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público. Assim, na seção 3.2 se exporá a estrutura constitucional da investigação, quais seja, juiz de garantias, Ministério Público enquanto controlador diretivo e fiscal obrigatório da investigação criminal, e polícia enquanto órgão auxiliar do Ministério Público em sua função constitucional de promover a persecução penal. Em seguida, se aprofundará esse quadro com a análise do sistema de dependência funcional da polícia ao Ministério Público “*à la brasileira*”, a relação jurídica de coadjuvação entre Polícia Judiciária e Ministério Público, o idêntico dever de atuação objetiva, a análise das diversas modalidades de iniciativa de investigação e o seu controle pelo Ministério Público e ainda uma análise da abertura constitucional para uma reforma legislativa da investigação criminal que atribua a condução das investigações diretamente ao Ministério Público, com o auxílio da Polícia Judiciária. Na seção 3.3 serão analisados os mecanismos legais de controle da notícia do crime, analisando-se os requisitos de justa causa para instauração do inquérito, o problema da denúncia anônima, o controle das investigações pró-ativas para o crime

organizado, a titularidade para se decidir sobre a atipicidade (e não instauração de inquérito) em casos complexos, os limites das chamadas “averiguações preliminares” e a operacionalização do controle pelo Ministério Público das comunicações de crimes à polícia que não geram instauração de inquérito. A seção 3.4 analisará os poderes concretos do Ministério Público na condução teleológica das investigações no sistema brasileiro, manifestados especificamente no poder de requisição de diligências, de atendimento obrigatório pela autoridade policial, inclusive de expedir recomendações genéricas de atuação policial anteriores à prática do delito, o poder de participar das diligências irrepetíveis cuja urgência não impeça sua participação, o poder de arquivar linhas de investigação, de definir em último lugar a tipicidade das condutas investigadas, a titularidade para formular requerimentos de medidas cautelares de polícia, o poder de suplementar as investigações e, excepcionalmente, o poder de afastar a polícia das investigações. Na última seção será feita uma análise da possibilidade constitucional e legal de investigação direta pelo Ministério Público.

O cap. 4 realizará uma análise dos diversos instrumentos processuais de controle da atividade policial, que por sua própria estruturação previnem a ocorrência de possíveis desvios, de forma a assegurar a adesão da prática policial ao modelo constitucional de vedação de arbitrariedades com eficiência. Para tanto, são analisados os seguintes aspectos da atividade policial: (1) inspeção de local de crime; (2) Notificações; (3) interrogatório; (4) retenções momentâneas de liberdade; (5) condução coercitiva de testemunhas e do investigado; (6) controle de identificação; (7) revistas pessoais; (8) buscas domiciliares; e (9) o uso instrumental da força no curso de diligências investigativas. Tais análises serão ilustradas com elementos normativos de outros países, indicando uma necessidade de maior preocupação com diversas áreas que, pela omissão legislativa nacional, estão relevadas à discricionariedade policial (concretamente, uma porta para arbitrariedades). Todas essas análises serão feitas na premissa de que há um déficit de garantias processuais no sistema brasileiro, e na perspectiva de que é possível uma releitura da legislação infraconstitucional à luz do princípio constitucional do controle externo da atividade policial e das diretrizes de tratados internacionais, e do próprio paradigma do Estado de Direito, inspirada nas soluções apontadas pelo estudo de direito comparado, para se permitir um quadro de controle mais efetivo com tais valores, seja *de lege lata*, seja *de lege ferenda*. Ao final será feita indicação da exclusão das provas ilícitas como uma

sanção processual dissuasória da reiteração do desvio policial, interligada com essa função de fiscalização processual da legalidade.

Finalmente, o cap. 5 analisará os aspectos ligados ao controle extraprocessual e à responsabilidade do desvio policial. Inicialmente, se analisará como o mandado constitucional de proteção jurídica, inerente à ideia de Estado de Direito, impõe a estruturação de um conjunto de estratégias político-criminais para o controle efetivo do possível desvio policial, bem como se indicando a relevância da punição dos desvios policiais tanto no paradigma constitucional, quanto em sua interpretação por Cortes Internacionais. Em seguida serão analisados como os diversos países têm criado estruturas administrativas externas à polícia destinadas a realizar a atividade de monitoramento do padrão de atuação policial e de investigação de desvios policiais. O sistema brasileiro será analisado à luz dessas experiências, reconhecendo-se no princípio constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público um vetor de direcionamento da atividade deste órgão para atuações semelhantes em experiências alienígenas, nos termos do instrumental normativo nacional, sem prejuízo da eventual criação de um órgão de controle externo no âmbito disciplinar, não excludente da atuação do Ministério Público no âmbito processual. Essa atividade será realizada através da estruturação de ofícios especializados no controle externo da atividade policial, tanto para uma atividade de auditoria constante do padrão de atuação policial, quanto para a investigação e persecução penal do desvio policial, e ainda para a responsabilização em sede de improbidade administrativa. Serão indicadas as áreas de auditoria e as ferramentas de ação disponíveis no sistema normativo brasileiro, as possíveis estratégias político-criminais de prevenção do desvio policial, os poderes específicos do Ministério Público na investigação direta do desvio policial. Também serão indicados alguns aspectos concretos da persecução penal do desvio policial, tais quais as consequências da perspectiva organizacional para a responsabilidade penal no desvio policial, a fragilidade da prova do desvio policial, o problema do direito ao silêncio *versus* o dever de prestar informações sobre a atividade policial, prisão preventiva de policiais, afastamento cautelar do cargo de policiais, a possibilidade de mediação como resposta ao pequeno desvio policial e a questão da federalização da persecução penal de graves desvios policiais. Há uma última observação sobre o controle da própria atividade do Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial.

Poderíamos escolher entre três formas de abordar o tema do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público: (i) recortar apenas uma faceta do tema para aprofundá-la; (ii) abordar todas as facetas do tema de forma panorâmica; (iii) abordar todas as facetas de forma analítica e aprofundada. Todas possuem problemas, pois a primeira não permitiria uma verdadeira compreensão da complexidade do tema, a segunda pecaria pela superficialidade e fragilizaria o argumento, e a terceira acabaria por tornar a pesquisa extensa. Diante de todos os problemas, optamos pela terceira via, a qual, apesar de ser a mais penosa, poderia tornar o trabalho mais frutífero para a doutrina processual penal brasileira, exatamente pela ausência de um tratamento unitário das diversas facetas que envolvem a ideia de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.

Procuramos tecer uma abordagem marcada pelo equilíbrio, sem posturas extremadas seja de megagarantismo, que geraria ineficiência, seja de securitarismo, que criaria um sistema de degeneração da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Ao contrário, procuramos trilhar o árduo caminho da maximização das garantias contra o arbítrio e da eficiência na promoção da segurança pública. No fundo, um caminho de equilíbrio rumo ao garantismo integral. Assegurar que a polícia seja eficiente sem ser arbitrária é o objetivo central da pesquisa.

Muitas das contribuições que este trabalho pretende oferecer à doutrina brasileira não serão dadas apenas ao final, mas no curso do desenvolvimento, por ocasião da análise criteriosa dos institutos jurídicos ligados ao controle da atividade policial e suas respectivas críticas¹⁹. Com essa análise, espera-se ter mapeado todos os (ou ao menos a maioria dos) problemas relevantes relacionados ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, clareando, assim, o alcance normativo do art. 129, VII, da CRFB/1988, e permitindo que Polícia e Ministério Público possam avançar na concretização do valor constitucional de proteção integral dos direitos fundamentais.

¹⁹ Como já dizia Guimarães Rosa (em *Grande sertão: veredas*): “o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia”.

1 A ARBITRARIEDADE POLICIAL COMO UM FENÔMENO SOCIOLÓGICO RELEVANTE

1.1 Considerações preliminares sobre o conceito de polícia e a atividade policial

Uma das características essenciais do Estado moderno é o monopólio do uso legítimo da força pelo Estado¹. Tal monopólio do poder é uma expressão da soberania de um Estado, no não reconhecimento de outras formas paralelas de poder (este visto como forma de sujeição de outros à sua vontade arbitrária). Segundo Pérez Royo: “O poder do Estado não tolera a existência de competidores”². Esse monopólio é exercido, em grande medida, pela Polícia³.

A expressão “Polícia” (que vem do grego *Polis*, ou cidade-estado, e *Politeia*, o ordenamento da cidade) representa a atividade que o Estado e outras entidades públicas desenvolvem para assegurarem as condições de convivência social ordenada⁴. Nessa acepção mais ampla, o conceito de Polícia envolve todos os ramos do direito público, ou seja, todas as relações entre a autoridade pública e o cidadão⁵. No Brasil, Cretella Jr. afirma que o Estado de Direito procura satisfazer, através do poder de polícia, uma tríplice finalidade: assegurar tranquilidade, segurança e salubridade⁶.

¹ Conforme definição tradicional de Weber, 1991. Ver ainda, Kelsen, 2005:30, para o qual “o Direito é uma organização da força, [...] o Direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. E precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade”.

² Pérez Royo, 1998:482.

³ Destacando que nas sociedades urbanas, desprovidas de mecanismos fortes de controle social informal, é a Polícia quem exerce predominantemente controle social formal e o monopólio estatal de uso da força: Bittner, 2003:222. Ele acrescenta que o surgimento da Polícia moderna se deu dentro de um “cenário cultural” de intensificação da não-beligerância social, ou seja, de desarmamento do cidadão e de retirada do cidadão da possibilidade de usualmente utilizar-se da violência para resolver seus problemas (Bittner, 2003:107-113). Em sentido semelhante, relacionando a possibilidade de recorrer ao uso da força como a característica marcante da Polícia moderna, ainda que haja outras atribuições: Bayley, 2006:117. Relacionando o uso instrumental da violência legítima como o papel central da Polícia: Paixão *et al.*, 1992:76.

⁴ D’Ambrosio e Vigna, 2003:141; A.F. Sousa, 2009:1; Luciano, 2003; Cavaco, 2003.

⁵ Boulloc, 2010:349.

⁶ Cretella Jr., 2006:16. Também indica que a expressão “polícia” pode ser utilizada tanto para designar a atividade de polícia, a instituição policial, e, numa acepção mais antiga, polícia era vista também como o conjunto de regras (*ibidem*: 11). Sobre os conceitos orgânico, material e formal de polícia, em direito comparado, ver Sampaio, 2012:26-45; Correia, 1994:2. Aliás, em Portugal, utiliza-se a expressão “o polícia” inclusive para designar o

O nascimento da instituição policial é fruto de uma progressiva divisão do trabalho de sociedades mais complexas. Na idade média, por exemplo, todos eram responsáveis pela manutenção da segurança e apenas com a centralização da função estatal começaram a surgir os primeiros corpos que, ao lado de várias outras atividades de manutenção da ordem, também são encarregados de prevenir o crime, havendo aí o primeiro embrião da moderna Polícia, ainda como um braço da justiça⁷. Durante o período absolutista, a Polícia teve uma função essencial na consolidação do Estado, enquanto instrumento principal de ingerência deste na vida social para a “elevação da condição material e espiritual dos súditos”⁸.

O conceito moderno de polícia coincide, em parte, com a expansão das finalidades de atuação do Estado. A partir do momento em que o Estado passou a intervir em outras áreas da vida civil, passou a ser necessária uma instituição estatal para regular e manter a ordem nessas novas áreas, surgindo os embriões da moderna Polícia. La Mare, em 1729, já indicava onze funções de Polícia na França: religião, disciplina dos costumes, víveres, saúde, tranquilidade pública, relações de vizinhança, ciências e artes liberais, comércio, manufaturas e artes, serviços domésticos, operários, pobres⁹. Não à toa no final da idade moderna havia um verdadeiro *Estado de Polícia*, investido de um poder geral de polícia para a manutenção do bem comum, em uma atividade que acabava por escapar da limitação jurídica¹⁰. Foi com o iluminismo que se introduziu duas características essenciais que vão marcar a atividade policial até hoje: limitação do poder de polícia pela regulação jurídica e sua restrição à atividade de proteção perante perigos.

A Polícia como instituição autônoma apenas surge no Brasil no início do século XIX, a sua profissionalização é um fenômeno do início do século XX, e as preocupações com o estabelecimento de mecanismos de controle são ainda mais recentes, basicamente após a década

funcionário que trabalha na instituição, sendo que no Brasil utiliza-se a expressão “o policial”. Nesse trabalho, sempre que se refere à instituição policial, utiliza-se a inicial maiúscula, e para as funções, atividades, poderes, medidas ou atos de polícia, a inicial minúscula. Também os cargos dos funcionários de polícia (e de outras instituições) são referidos em minúsculas.

⁷ Cusson e Dupont, 2007:32. Para uma visão histórica da evolução da Polícia, ver Bayley, 2006:35-66; ele argumenta que o caráter público e até mesmo a especialização já eram reconhecidos de forma embrionária em algumas sociedades pré-industriais, mas a profissionalização é o caráter decisivo para a caracterização da Polícia moderna. Ver ainda Sampaio, 2012:19-26; Bertaccini, 2009:9-54.

⁸ Sampaio, 2012:22.

⁹ La Mare, 1729. Ver ainda Homem, 2006:67.

¹⁰ Sobre a relevância do conceito de polícia para a formação e consolidação do Estado moderno, e sua relação com o direito penal, v. A.S. Dias, 2008a:142; Moreno Catena, 1989:139-142.

de 1960 nos EUA e, no Brasil, após a redemocratização com a CRFB/1988¹¹. A atual Carta Constitucional expressamente prevê um capítulo para a atividade de segurança pública. Nas palavras de José Afonso da Silva¹²:

A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecido dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.

Há, portanto, uma ampla função estatal de manutenção da ordem pública nas diversas áreas da convivência social (normalmente reguladas no âmbito do direito administrativo), como a atividade de polícia de estrada, tributária, de condições de trabalho, higiene e saúde públicas, fiscalização de construções e padrões urbanísticos, entre outras. Essas atividades visam prevenir riscos à integridade física, propriedades e outros interesses relevantes dos cidadãos e à normalidade das relações sociais, mediante normas de conduta obrigatórias, fiscalizando sua obediência e procedendo à responsabilização administrativa de suas violações. Mesmo antes de surgir um possível conflito entre os cidadãos, diante da situação de violação à lei, há uma legitimidade de ação pró-ativa da Polícia para restaurar a ordem e evitar os conflitos¹³. A atividade de polícia é marcada por uma constante tensão entre a restrição a um direito individual e a promoção de interesses coletivos (especialmente ligados à prevenção de perigos).

Ao lado dessa ampla atividade de polícia administrativa, há a atividade de polícia de segurança pública, relacionada com a prevenção de perigos que as condutas dos cidadãos possam acarretar para a segurança pública, ou seja, a vida, integridade física, patrimônio, a liberdade e os bens relevantes dos cidadãos e do Estado¹⁴. Essa atividade visa evitar

¹¹ Holloway, 1997 (sobre a criação da Polícia brasileira); Bretas, 1997 (sobre a profissionalização incipiente); Monet, 2006:55-102 (sobre o nascimento das Polícias modernas na Europa); Goldstein, 2003:202 (sobre o início da preocupação com o controle da Polícia nos EUA na década de 1960).

¹² J.A. Silva, 2002:754. Em sentido semelhante, sobre a distinção entre ordem pública e segurança pública, ver Lazzarini, 1999:51-54.

¹³ Para uma extensa lista das possíveis áreas de polícia administrativa, ver A.F. Sousa, 2009:6-8. No exemplo de Valente, 2009b:101, se um policial depara-se com uma situação de ruído durante o período do repouso noturno (das 23h às 7h em Portugal), é sua obrigação tomar as medidas cabíveis para que o infrator faça cessar o ruído, mesmo antes que qualquer vizinho venha reclamar da situação.

¹⁴ Boulloc, 2010:349, indica um conceito estrito de polícia: “é a operação que possui por fim assegurar pela via geral ou individual, e pelos meios apropriados, a tranquilidade, a segurança e a salubridade públicas”. Também indica que a expressão “polícia” pode indicar tanto a atividade exercida, os poderes que ela abarca, como identificar a própria instituição que as realiza (função de polícia, poder de polícia, instituição policial). Sobre as diversas

que ocorram lesões aos interesses, lesões essas que podem ser tanto acidentais quando decorrerem de ações humanas, que configurem crime ou eventualmente não. Usualmente a atividade policial tem sido caracterizada como uma atividade negativa de restrição de direitos individuais, mas há também um aspecto positivo de promoção da concretização de direitos individuais, em situações em que há a realização de um verdadeiro dever de proteção de direitos fundamentais, que serve não apenas como limite mas também como fim da atividade policial, tornando substancialmente mais complexas as ponderações de interesses nessa seara¹⁵.

No exercício dessa atividade, os órgãos estatais encarregados da manutenção da ordem podem determinar (em situações mais extremas) a interdição de locais que apresentem perigo à coletividade (como depósitos de materiais explosivos ou tóxicos fora das condições legais), administrar as aglomerações de pessoas em locais públicos para tais eventos não evoluam para crimes multitudinários ou para situações de perigo para a coletividade, manterão a ordem nas vias públicas e nos espaços públicos, normalmente mediante uma atividade de vigilância continuada e de intervenção em situações de anormalidade, e em algumas situações restringindo temporalmente a circulação nesses locais. Essa atividade também é exercida pelas atividades de policiamento ostensivo, na modalidade de prevenção à prática de infrações penais pela presença nas vias públicas, indicando a alta probabilidade de descoberta de eventual prática delituosa e, portanto, desestimulando sua prática¹⁶. A atividade de polícia de segurança é uma espécie específica da Polícia administrativa, ligada à prevenção de riscos à segurança pública.

tentativas de distinção (sempre tortuosa) entre os conceitos de polícia administrativa e polícia de segurança pública, ver Cretella Jr., 2006:46; Lazzarini, 1999:54. Sobre a distinção de polícia em sentido orgânico (instituição formal) e em sentido funcional (atividade material), ver Valente, 2009b:54; A.F. Sousa, 2009:1-4. Indicando que, na representação popular, a atividade de prevenção de crimes seria a principal da Polícia, apesar de em termos práticos não ser a única, nem o uso da força se uma constante na atividade policial: Bittner, 2003:223. De forma mais específica, A.F. Sousa, 2009:34, afirma: “A principal função da Polícia consiste em prevenir a violação das normas de direito público que se inclinam para a imposição de exigências, ordens e proibições dadas ao particular. Estas normas são, fundamentalmente, as leis penais e contra-ordenacionais, e normas da legislação administrativa que impõem ou proíbem determinadas condutas”. Para os limites da atuação policial em defesa de interesses cíveis privados, ver A.F. Sousa, 2009:37-41.

¹⁵ Destacando a evolução dessa perspectiva positiva no conceito de polícia, ver Sampaio, 2012:35-60. Aprofundaremos a questão do direito à segurança infra na subseção 2.1.3.

¹⁶ Discorrendo sobre a finalidade preventiva da polícia administrativa de segurança pública, afirma Bouloc, 2010:350: “a polícia administrativa se encarrega de impedir que a ordem seja perturbada e de restabelecê-la tão rápido quanto possível. [...] a polícia administrativa deve, por sua presença, por suas injunções e, quando necessário, por suas ações, fazer respeitar as leis e regulamentos, e as liberdades das pessoas”. Para uma visão geral da distinção entre polícia administrativa e judiciária, ver Bouloc, 2010:350-1.

Em Portugal, a atividade de segurança interna é definida no art. 1.1 da Lei n. 53/2008 (Lei de Segurança Interna), nos seguintes termos:

A segurança interna é a atividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática.

Quando ocorre uma lesão significativa aos interesses dos cidadãos ou do Estado, que configure um delito previsto na lei, surge uma outra função de polícia destinada a fazer cessar a prática da infração penal e posteriormente de investigar o crime, esclarecendo sua autoria e sua materialidade e reunindo os elementos de informação necessários para permitir que os órgãos do Sistema de Justiça Criminal (num primeiro momento o Ministério Público e, após o ajuizamento da ação penal, defesa, juiz, tribunais e órgãos de execução penal) possam desempenhar sua função de aplicar a lei penal na caso, punindo efetivamente os culpados e assegurando que os inocentes não sejam indevidamente penalizados. Diz-se que essa atividade de investigação é repressiva, ou melhor, de colaboração com os órgãos encarregados da repressão em juízo. Apesar de haver um largo espaço de atuação não-criminal na atividade de polícia de segurança, estudos demonstram que, diante de uma multiplicidade de demandas, a Polícia tende a eleger suas prioridades de atuação a partir dos incidentes que gerarão potencial responsabilização criminal¹⁷. Nessa perspectiva, a atividade de investigação criminal é incumbência da Polícia Judiciária, ou seja, uma Polícia que não exerce mais funções meramente administrativas (do poder executivo), mas está atuando na colaboração com o exercício de uma função do Sistema de Justiça. Todavia, a Polícia dita judiciária não é em si mesma judiciária, ela o é por colaborar com as funções do Poder Judiciário em sentido amplo (Ministério Público e juízes¹⁸). Nas palavras de Bouloc: “a Polícia Judiciária possui apenas um papel auxiliar (embora a eficácia da luta contra o

¹⁷ Bayley, 2006:153-158; Monet, 2006:113.

¹⁸ Aqui incluímos o Ministério Público num “conceito amplo” de Poder Judiciário, pelo fato de ser o titular da ação penal, o que o torna o responsável em juízo pela atuação profissional da Polícia, ou seja, o Ministério Público é o primeiro destinatário das informações repassadas pela Polícia, deve acompanhar e controlar suas atividades, é o responsável pela formação da *opinio delicti* ainda na fase das investigações, é o responsável por sustentar a acusação penal em juízo, sendo, portanto, o primeiro destinatário do trabalho policial. De forma secundária, o trabalho investigativo da Polícia chegará ao Poder Judiciário, mas pelas mãos do Ministério Público. Vale ressaltar que na maioria dos países da Europa continental, o Ministério Público é assimilado a uma forma de magistratura *pro societate*, o que justifica a qualificação no texto do Ministério Público como uma espécie do “Poder Judiciário em sentido amplo”, ou seja, do Sistema de Justiça Criminal. Sobre o caráter auxiliar da Polícia ao Ministério Público, ver abaixo subseção 3.2.5.

crime dependa essencialmente de sua atividade); ela não é ela mesma um órgão de justiça, mas um órgão de polícia, ela não pode decidir sobre a culpabilidade dos suspeitos, mas somente encaminhar ao juiz (ou ao procurador) o máximo de elementos possíveis para permitir a este a formação de sua decisão”¹⁹. Daí porque Monet prefere a expressão “polícia criminal”²⁰.

Em um número muito grande de situações, a atividade de polícia judiciária ocorre como uma “progressão da atividade de polícia administrativa”²¹, na perspectiva que a notícia do crime é descoberta no âmbito de uma atividade de observação, informação e vigilância desenvolvida pelo serviço de prevenção. Em muitas situações, não é possível cingir a finalidade de uma determinada diligência, que será tanto destinada a prevenir quanto a reprimir: o policiamento ostensivo visa tanto prevenir a prática de uma infração penal pela sua própria presença, quanto, no caso de essa vir a ser praticada uma infração penal, estar a postos para uma intervenção imediata visando descobrir o seu autor e detê-lo; um controle de identidade pode ser realizado para assegurar a regularidade da estadia de estrangeiros quanto para descobrir eventuais pessoas procuradas pela justiça²²; a atividade de fiscalização de determinadas atividades profissionais destina-se tanto a dissuadir as infrações quanto detectar sua prática. Nessa perspectiva, a função de polícia é unitária e indivisível. A ineficiência da atividade de policiamento administrativo pode comprometer seriamente a eficiência de investigação criminal.

Ao lado dessas atividades tradicionais, há ainda a atividade de inteligência, relacionada à compreensão do fenômeno criminal, de forma a permitir a adequação das atividades de prevenção para os focos adequados, bem como permitir a descoberta de áreas de risco para a prática de infrações penais²³. Já outras atividades de investigação policial que não se

¹⁹ Boulloc, 2010:377. Esse caráter auxiliar da Polícia também é reconhecido pela doutrina administrativa brasileira: ver Cretella Jr., 2006:25: “a Polícia Judiciária é também denominada repressiva, nome que merece um reparo, porque ela não reprime os delitos, mas funciona como auxiliar do Poder Judiciário, nessa tarefa”. Sobre a caracterização da Polícia como órgão auxiliar do Ministério Público, ver adiante a subseção 3.2.5.

²⁰ Monet, 2006:113. Na Alemanha também se utiliza a expressão *Kriminalpolizei* para a atividade da polícia de investigação (A.F. Sousa, 2009:5).

²¹ D’Ambrosio e Vigna, 2003:142. Segundo Correia, 1994:2, o exercício das funções de polícia administrativa pode acabar por se converter em uma atividade de polícia judiciária ou vice-versa; isso constata-se pelo fato de ser a polícia um órgão estatal e controle social, e esse controle ocorre num primeiro momento com o direito administrativo, sendo também feito pela *ultima ratio*, que é o direito penal.

²² Exemplos em Boulloc, 2010:352.

²³ Assim, a prevenção de delitos habituais acaba por ser um misto de prevenção e investigação. Indicando que tal atividade também se encontra no âmbito da atividade de polícia judiciária: Cretella Jr., 2006:25. Defendendo que a Polícia Militar pode realizar essas atividades de inteligência para realizar prisões em flagrante delito, ver

relacionam diretamente com a prática de um crime de que se tenha a certeza, mas que mesmo assim são admitidas, para a mera explicação causal de fenômenos sociais; assim, por exemplo, na França, é expressamente prevista a possibilidade de instauração de uma investigação para a descoberta da causa de uma morte (no caso de morte desconhecida ou suspeita), com a possibilidade de realização de atos restritivos de direitos fundamentais equiparáveis à situação de flagrante delito (ainda que não haja a certeza da materialidade do crime), bem como prevê a instauração de uma investigação para a descoberta das causas de desaparecimento de pessoa²⁴; e na Alemanha há regras específicas de comunicação da Polícia ao Ministério Público criminal no caso de mortes não naturais ou localização de cadáver (StPO, § 159). Situação semelhante ocorre nas investigações realizadas para localizar uma pessoa contra a qual pende um mandado de prisão.

De forma mais ampla, Cusson indica que às ações de segurança pública podem ser atribuídas as seguintes funções: inteligência (*renseignement*), prevenção, repressão, investigação, manutenção da ordem, gestão de crises e de urgências²⁵. Tais funções equivalem às tradicionais atividades de atuação em situações de emergência, operações especiais, inteligência, investigação e patrulhamento. Em algumas situações atribuem-se até mesmo funções de assistência social à Polícia, o que muitas vezes gera conflitos de finalidades no exercício da própria função policial²⁶. Todas essas atividades, e ainda muitas outras ligadas à prevenção de

Lazzarini, 1999:61. Indicando ser recomendável separar a função de polícia de informações da atividade restritiva de direitos fundamentais: Monet, 2006:124.

²⁴ Ver Guinchard e Buisson, 2009:508.

²⁵ Cusson, 2007:44-57. Em sentido semelhante, Monet, 2006:103-128, identifica quatro áreas básicas da atuação policial: polícia de segurança (proteção dos cidadãos), polícia de ordem (controle de manifestações coletivas de rua), polícia criminal (ligada à prevenção e repressão de infrações penais), e polícia de informações (pesquisa de possíveis riscos à segurança e ordem públicas). Já Bayley, 2006:138, classifica as hipóteses de intervenção policial em dez categorias: emergência criminal, queixa e investigação criminal, emergência não-criminal, prevenção ao crime, cuidado com pessoas incapacitadas ou incompetentes, briga ou disputa, aconselhamento, trânsito, controle da multidão, investigação não-criminal. Ver categorias mais restritas em Bertaccini, 2009:55-92. Santin, 2007:83, acrescenta ainda a atividade de cooperação com o Poder Judiciário e o Ministério Público, no cumprimento de suas requisições.

²⁶ A Polícia tradicionalmente possui poderes coercitivos e pode criminalizar diversos problemas sociais. A abordagem do assistente social normalmente é feita no intuito de auxiliar a pessoa a superar seus problemas e não feita para criminalizar suas condutas. Em muitas situações o assistente social deve relativizar pequenas possíveis infrações penais em favor da solução do problema, enquanto a abordagem do policial é de necessariamente esclarecer as possíveis notícias de crimes. Imagine-se a situação de um assistente social ouvir da pessoa que ela reside numa casa na qual seu irmão é traficante de drogas, a mulher é usualmente agredida pelo companheiro, e ela está psicologicamente abalada pelo fato de já ter feito alguns aboridos (todas notícias genéricas e não individualizadas): o assistente social focará sua abordagem na superação dos problemas enquanto o policial possui o dever de procurar esclarecer tais notícias de crimes, documentá-las e encaminhá-las ao Sistema de Justiça Criminal. Portanto, atribuir funções de assistência social à Polícia acaba ou degenerando sua função de

riscos que não sejam externos (casos de guerras), incluem-se no conceito mais abrangente de segurança interna, conforme o conceito amplo de Cusson e Dupont: “[segurança interior é] a atividade desenvolvida por profissionais de primeira linha em vista à proteção de seus concidadãos contra perigos associados à vida em sociedade”²⁷.

Atualmente no Brasil há dois corpos de Polícia no âmbito estadual: a Polícia Militar e a Polícia Civil. Em regra, a Polícia Militar atua no âmbito da atividade de segurança pública preventiva (policimento ostensivo) e repressivo imediato (fazer cessar a prática de um crime, restabelecer a ordem, realizar uma prisão em flagrante e apresentar o detido à autoridade de Polícia Civil). Já a Polícia Civil atua ordinariamente na atividade de investigação criminal, apesar de ter também um leque de atribuições no âmbito da atividade de prevenção criminal (especialmente quando a identificação da prática de um crime depende de algum nível de vigilância ostensiva, como no caso dos crimes habituais ou no caso da criminalidade organizada) e ainda recebe ordinariamente um grupo de ações ligadas à atividade administrativa ordinária (v.g., Polícia Civil expedir documento de identificação civil) ou de interesse público geral (v.g., documentar o registro de ocorrências não-criminais, como o extravio de documentos, acidentes de trânsito sem vítimas ou ainda o desaparecimento de pessoas – este último podendo ou não ter repercussões criminais). No âmbito federal, a Polícia Federal desempenha tanto funções de policiamento preventivo de interesse da União (polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras e a prevenção do tráfico de drogas, contrabando e descaminho, cf. CRFB/1988, art. 144, § 1º, II e III), bem como exerce as funções de apuração das infrações penais de competência da Justiça Federal, além de outras funções administrativas (emissão de passaporte, controle da regularidade

investigação de crimes, ou degenerando sua função de assistência social mediante a progressiva perda de confiança do cidadão em abrir seus problemas sociais para essa assistência que traz velada a espada de Themis.

²⁷ Cusson e Dupont, 2007:29. Ver o conceito de Caetano, 2004:1170: “consideramos medidas de polícia ou medidas de segurança administrativas as providências limitativas da liberdade de certa pessoa ou do direito de propriedade de determinada entidade, aplicada pelas autoridades administrativas independentemente da verificação e julgamento de transgressão ou contravenção ou da produção de outro ato concretamente delituoso, com o fim de evitar a produção de danos sociais cuja prevenção caiba no âmbito das atribuições de polícia”. Ao lado dessas, novas atividades vão sendo agregadas à função policial, como a prestação de encaminhamento de assistência a vítimas de crimes (v.g., encaminhamento a acompanhamento psicossocial por vítimas de violência doméstica), ou a documentação de acidentes de trânsito (uma atividades semelhante à cartorária, com a função de documentar uma notícia unilateral de um fato com a função de permitir acionar as companhias de seguros ou de subsidiar futura ação civil de indenização).

de imigrantes). Nos termos da Lei n. 9.299/96, as Forças Armadas Federais podem ser utilizadas em situações excepcionais em atividades de policiamento civil²⁸.

Todavia, ao lado dessas forças policiais tradicionais, há ainda um conjunto de instituições que também desempenham funções de policiamento de segurança em áreas específicas: o DETRAN e a Polícia Rodoviária Federal exercem a função de polícia de trânsito e visam prevenir riscos concretos à segurança nessa área (nas ruas urbanas e estradas federais, respectivamente)²⁹, o IBAMA exerce uma atividade preventiva de crimes ambientais, o Banco Central exerce uma atividade de prevenção de crimes financeiros, o CADE exerce uma atividade de prevenção de crimes econômicos. Outras instituições exercem a função de prevenção de riscos à segurança individual ou coletiva sem estarem usualmente integradas ao conceito orgânico de polícia (como a Defesa Civil ou o Corpo de Bombeiros). Finalmente, é possível que os Municípios criem Guardas Municipais, não com a finalidade de manutenção da ordem pública, mas apenas para a proteção de seus bens, serviços e instalações (CRFB/1988, art. 144, § 8º).

1.2 Polícia, manutenção da ordem e poder de coerção imanente

Uma característica marcante de toda atividade policial é o uso (efetivo ou potencial) da força (poder de coerção) para a realização de suas finalidades. Ainda quando a força não é efetivamente utilizada, a potencialidade do uso da força já é, por si mesma, uma forma superar possíveis resistências para o restabelecimento da ordem e, nessa medida, já é um exercício de poder simbólico³⁰. Nessa medida, as atividades dissuasórias no âmbito da atividade policial também encerram um forte componente de uso da força, ainda que potencial e imanente.

²⁸ Sobre as hipóteses dessa intervenção, ver J.C. Assis *et al.*, 2008:157-164. Para críticas jurídicas dessa utilização, ver D.C. Ribeiro, 2003:219-234.

²⁹ Ainda que se reconheça que o STF já declarou que o DETRAN não é órgão de segurança pública, para efeito de permitir alteração da competência legislativa estadual; conferir: STF, Pleno, ADI 2.819, rel. Min. Eros Grau, j. 6 abr. 2005, DJ 2 dez. 2005. O STF também considera que não se integram nesse conceito de órgão de segurança pública a chamada “Polícia Penitenciária”, admitindo que a função penitenciária seja atribuída a órgão diverso da Polícia Civil: STF, Pleno, ADI 236, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 7 maio 1992, DJ 1 jun. 2001; STF, Pleno, ADI 3.916, rel. Min. Eros Grau, j. 3 fev. 2010, DJE 14 maio 2010.

³⁰ Sobre a capacidade de o poder simbólico (as representações de poder) produzirem “efeitos reais sem dispêndio aparente de energia”, ver Bourdieu, 2000:15. Segundo Bourdieu, as estruturas objetivas propiciam o fundamento das percepções subjetivas e condicionam o conjunto de coações estruturais incidentes nas interações entre os atores; para Bourdieu, o Estado é o espaço por excelência para o exercício do poder simbólico (ver sobre o tema B.A. Machado, 2007:35 e Fischer, 1994). Weber, 1991:139, reconhece uma relação de dominação mesmo quando há obediência decorrente de hábitos inconscientes.

Se concebermos, na forma de Foucault, que o poder na modernidade é um exercício de disciplina constante para se implementar a docilidade de corpos, de forma a moldar indivíduos produtivos aos interesses do poder, então a Polícia é a forma mais imediata de institucionalização desse poder³¹.

Mais que uma possibilidade, o uso da força pela Polícia constitui uma representação simbólica da própria relevância institucional da instituição policial, sua razão de existir. É a possibilidade de recorrer ao uso da força que faz com que a Polícia seja a instituição que é³². Quanto alguém chama a Polícia (e não outra instituição pública) é porque antevê que na situação conflituosa concreta existe a possibilidade de eventualmente recorrer-se ao uso da força para se restabelecer a ordem. Espera-se que a Polícia se imponha diante de uma situação conflituosa, usando eventualmente da força contra a pessoa que estiver em desacordo com o ordenamento jurídico, para restabelecer a ordem. Nessa perspectiva, o uso da força pela Polícia assume uma representação central no *ethos* profissional do policial, ainda que o dia-a-dia do policial não envolva usualmente o uso efetivo da força. E o uso dessa força é marcado por uma relativa discricionariedade, que também é uma marca característica da atuação policial³³. Nem toda atividade policial exigirá o uso (ainda que potencial) da força (v.g., atividades de orientação para a prevenção de perigos, o mero atendimento ao público ou a emissão de certidões); mas normalmente quando se utiliza a força física para manter a ordem, estar-se-á tipicamente diante de uma atividade policial³⁴.

³¹ Foucault, 2004:117 *et seq.*

³² Indicando a possibilidade de recorrer ao uso da força como a característica distintiva da atividade policial, ver Bittner, 2003:240: “o policial, e apenas o policial, está equipado, autorizado e é necessário para lidar com toda emergência em que possa ter de ser usada força para enfrentá-la” e ainda “não pode haver dúvidas [...] que toda intervenção policial concebível projete a mensagem de a força poder ser (e poder ter de ser) utilizada para se alcançar o objetivo desejado” (Bittner, 2003:132). Hassemer, 1999:253, firma que “a polícia representa a mistura entre força e liberdade em um Estado, em determinado período”. Ver ainda: Raposo, 2006:6; Bayley, 2001:20. Discutindo o conceito de “constraint-based compliance in policing”, ver Jones, . Ver ainda M. Rolim, 2005:27. Em sentido semelhante, conceituando as forças policiais de segurança pública como “órgão auxiliar de coação das autoridades administrativas em geral”, ver A.F. Sousa, 2009:9.

³³ Relacionando uso da força e discricionariedade relativa como duas das características marcantes da atividade policial: Lustgarten, 1986: cap. 9 e 10.

³⁴ Parece-nos que a conjugação desses dois aspectos permitem a caracterização da atividade de polícia de segurança pública em sentido estrito: finalidade de manutenção da ordem pública (aí incluindo-se inteligência, prevenção, repressão, investigação, manutenção da ordem, gestão de crises e de urgências) e possibilidade potencial de uso da força física. Há outras instituições públicas que visam prevenir a ocorrência de perigos, mas que, por não terem a possibilidade de recorrerem ao uso da força física não seriam adequadamente classificadas como atividade de polícia de segurança pública (ou são mera atividade de regulação ou outras formas de polícia administrativa – que

Obviamente, não é qualquer espécie de coerção que é juridicamente admissível. A legitimidade do uso da força pela Polícia ocorre mediante o prévio consenso da comunidade que sofrerá o seu uso, através do processo democrático de atribuição de poderes à Polícia através da lei, e sua progressiva regulamentação a partir dos princípios legais. Nas palavras de Muniz e Proença Jr.: “a Polícia é um instrumento de poder para fins restritos e transparentes, autorizada a intervir para produzir obediência na comunidade política [*polity*] pelo uso da força sempre que necessário, nas ocasiões e formas estabelecidas pela comunidade política”³⁵.

A existência da Polícia, enquanto instituição de possível coerção para manutenção da ordem pública, dá vida ao Direito, pois assegura a vigência da norma mediante seu *enforcement*. Vale lembrar que o que diferencia o Direito da Moral é exatamente seu caráter coercitivo, a possibilidade de sanção à sua violação³⁶. Nessa medida, a Polícia exerce a coerção potencial mediante a indução de obediência espontânea, a prevenção de possíveis infrações, a dissuasão de infrações em andamento e a repressão das infrações já praticadas³⁷. Mesmo que a Polícia não esteja presente numa situação concreta, a expectativa de possível intervenção policial no caso de eventual desvio já é um fator de indução de obediência espontânea à ordem jurídica. Daí porque uma eficiência mínima da atuação policial é essencial para a efetiva vigência da ordem jurídica em termos de segurança pública³⁸. Uma Polícia eficiente não é apenas uma Polícia que prende muito, mas especialmente uma Polícia capaz de evitar a ocorrência do delito, especialmente capaz de induzir obediência espontânea ante a mera possibilidade de sua atuação, e a expectativa de uma atuação eficiente.

Apesar da extrema relevância da Polícia para os valores do Estado democrático de Direito, especificamente na manutenção da ordem pública mediante uma atividade constante de fiscalização das relações sociais e de intervenção quando da violação da norma para a proteção

impõe outras sanções administrativas). Em sentido contrário, afastando o uso da força enquanto critério distintivo da atuação policial, e centrando-o na prevenção e precaução de perigos, ver Sampaio, 2012:60-80.

³⁵ Muniz e Proença Jr., 2007b:40.

³⁶ Como lembra Bobbio, 1995:153: “Direito, coação e Estado são, portanto, três elementos indissolivelmente ligados”. Também Jhering, 2002:165, afirmava que “Direito sem coação é fogo que não queima, chama que não alumia”. Essa teoria do direito como coerção em potencial remonta a Kant, 2004b (para não se ir mais longe), e tem especial expoente em Kelsen, 2005:26, o qual afirma que “a obediência voluntária é em si mesma uma forma de motivação, ou seja, de coerção, e, por conseguinte, não é liberdade, mas coerção em sentido psicológico”. Obviamente, o reconhecimento de que o Direito exige coerção estatal não afasta a problemática da própria legitimidade democrática do Direito enquanto instrumento racionalmente aceitável de controle social.

³⁷ Muniz e Proença Jr., 2007a:241.

³⁸ Aprofundamos a questão do direito fundamental à segurança pública adiante, na subseção 2.1.3.

imediate de pessoas e bens jurídicos, bem como para assegurar a responsabilização dos desvios criminais, eventualmente a própria atividade policial desvia do padrão normativo de conduta, o que traz sérios problemas de legitimidade para o Estado de Direito. Vejamos algumas manifestações concretas desse fenômeno do desvio policial.

1.3 Fenômenos de desvio policial no Brasil e no Mundo

1.3.1 Desvio policial no Brasil

1.3.1.1 Uma historia de práticas de arbitrariedade policial

O Brasil possui um passado colonial e imperial de práticas de violência no controle social formal. Durante o período colonial, não havia um corpo profissional de manutenção da ordem, mas funcionários locais designados pelas autoridades, denominados de guardas ou quadrilheiros, que apesar de terem uma função de vigilância, não tinham mais poderes que outros cidadãos comuns³⁹. Uma das figuras de manutenção da ordem na sociedade colonial escravocrata era o capitão do mato. Tratava-se de um homem negro livre, que exercia a função de policiar os escravos negros, especialmente de rondar pelas cidades e recapturar os escravos fugitivos. Ele utilizava-se de técnicas violentas para a recaptura, como cães adestrados, e em algumas vezes era suspeito de ele mesmo sequestrar escravos para posteriormente pedir o resgate na devolução⁴⁰. Nessa época de dominação lusitana, as forças militares tiveram um objetivo claro: assegurar a empresa da colonização, mediante o apossamento do território, sua manutenção e expansão.

A Polícia profissionalizou-se apenas em 1808, quando a família real portuguesa se transferiu para o Rio de Janeiro, criando-se então a Intendência Geral da Polícia, influenciada pelo modelo português, esse por sua vez influenciado no modelo francês⁴¹. No período imperial, Holloway documenta que em muitas situações, apesar de haver uma ordem estabelecida, a Polícia ministrava punições sem embasamento legal (v.g. punido as pessoas que praticavam capoeira mesmo que tal conduta não configurasse crime) e era leniente com crimes que eram convenientes

³⁹ Holloway, 1997:46.

⁴⁰ Rebouças, 2010.

⁴¹ M.J.M. Santos, 2006:131; Bretas, 1997:41.

ao sistema econômico da época (v.g., não punido os traficantes transatlânticos de escravos)⁴². E acrescenta que, nessa época, o mero desafio simbólico da autoridade (como o desacato) era objeto de idêntica punição que os crimes graves, de sorte que a aplicação de agressões generalizadas aos excluídos sociais indóceis era vista como uma ferramenta de trabalho legítima pela Polícia do Rio de Janeiro no romper do século XIX⁴³. Também a tortura (eufemicamente denominada de “anjinhos”) era uma técnica de investigação tida como ordinária.

Quando de sua criação inicial, a Polícia acumulava funções legislativas (definição do que era crime), executivas e judiciárias (julgamento e aplicação imediata da sanção)⁴⁴. Essa prerrogativa de ter funções judiciais diminuiu com o advento do Código de Procedimento Criminal de 1841, mas ainda persistiu para o caso de pequenas infrações; tais poderes judiciais apenas foram excluídos por uma lei de 1871, em razão do cenário de desarticulação da sociedade escravocrata, em razão do ciclo de imigrações europeia⁴⁵. A atividade policial dirigia-se preferencialmente para a contenção das “classes perigosas”, especialmente através do delito de “vadiagem”, objeto de uma prisão de correição aplicada pela própria Polícia⁴⁶.

Paralelamente, no âmbito nacional, diversos movimentos insurgentes eram violentamente aniquilados, seja na fase monárquica (Confederação do Equador, em Pernambuco, 1824-31; Cabanagem no Pará, 1834; Guerra dos Farrapos em Santa Catarina e Rio Grande do Sul, de 1824-1834; Sabinada na Bahia, 1837-1838; revolução liberal em São Paulo e Minas Gerais, 1842; Revolução Praieira em Pernambuco, 1848). Tais ações elevaram o exército a novo protagonista político, o que favoreceu a proclamação da república sob o auspício dos militares.

⁴² Holloway, 1997:25.

⁴³ Holloway, 1997:26: “muitos dos que eram surpreendidos em botequins tarde da noite ou que berrava insultos para um policial que estivesse prendendo alguém nunca roubaram nem mataram. Mas apanhavam com o mesmo cassete e eram jogados na mesma prisão”. E conclui (*ibidem*: 27): “a Polícia do Rio de Janeiro, estabelecida na nova era de crescente racionalidade burocrática, reconhecia explicitamente o terror como uma das diversas armas à sua disposição na luta continuada para forçar a submissão dos que, por suas ações, declarassem ilegítimas as estruturas de poder”.

⁴⁴ Tal se revela do próprio decreto real que criou a Polícia. Conferir Holloway, 1997:46: “como sucede haver crimes que não necessitam de outro castigo, mas pedem alguma correção, poderá o mesmo intendente geral nesses casos prender aquelas pessoas eu a merecerem, conservando-as na prisão o tempo que julga proporcionado à desordem que tiverem cometido e lhe parecer necessário para a emenda”. Sobre essa confusão de funções entre Polícia e Poder Judiciário na expressão “Polícia Judiciária”, ver comentários em D.C. Ribeiro, 2003:249-253.

⁴⁵ Bretas, 1997:42. Ver ainda J.M. Almeida Jr., 1920.

Essas antigas práticas truculentas da época imperial permaneceram mesmo no período republicano. Bretas menciona o fato de a Polícia Civil, logo após a proclamação da república (1889), ter deportado sem julgamento diversos líderes monarquistas e criminosos pobres⁴⁷. Nessa época não havia propriamente um profissionalismo na instituição, pois muitos policiais eram recrutados como uma recompensa por terem realizado atividades ilegais (v.g., fraudes eleitorais) e eram frequentes as demissões em razão de o policial prender um criminoso e posteriormente cobrar propina para liberá-lo⁴⁸. O poeta Olavo Bilac sintetiza a desconfiança pública que existia em relação à Polícia⁴⁹:

É sempre perigoso elogiar a Polícia: primeiro, porque esta instituição, assim que se vê elogiada, costuma aproveitar-se disto para desatar a cometer desatinos; segundo, porque são tantos os “encostados” da Polícia, e tão espalhada é a fama que ela tem de gastar generosamente dedicações e serviços, que a gente, quando quer elogiá-la, fica sempre com receio de adquirir alguma reputação pouco limpa.

Nessa época, a atividade policial de manutenção da ordem pública centrava-se ordinariamente na prisão de pessoas alegadas como vadias (já que a vadiagem e a capoeira eram tipificados como crime pelo Código Penal de 1890, art. 399) e, apesar da expectativa da Polícia para que tais pessoas fossem punidas pela justiça, ordinariamente os juízes tinham uma posição restritiva quanto ao tipo penal, exigindo ações concretas indicativas de um estilo de vida potencialmente criminógeno indicado já por ações concretas (v.g., pequenos furtos)⁵⁰. Para a investigação dos crimes que lhe eram comunicados, a Polícia “criou um método que implicava prisões em massa, interrogatórios ‘rigorosos’, que obtinham muitas confissões, e um conhecimento pessoal das ‘classes criminosas’, onde eles iam recrutar os seus suspeitos”⁵¹. Muitas vezes, o policiamento ostensivo era realizado mediante abordagens truculentas e

⁴⁶ L.A.F. Souza, 2006. Sobre o discurso jurídico-penal de culpabilização da pobreza de meados do século XX, ver M. Rolim, 2006. De forma mais ampla, sobre a configuração histórica da política de clientelismo no Brasil, num ciclo de apadrinhamento, e troca de gratidão por favores, ver Graham, 1997.

⁴⁷ Bretas, 1997:47. Tais fatos foram ordenados pelo então dirigente da Polícia Civil do Rio de Janeiro, Sampaio Ferraz, um jovem radical republicano que fora antes promotor público no Rio.

⁴⁸ Bretas, 1997:49. Ademais, os delegados de polícia, recrutados dentre bacharéis em direito, viam no cargo apenas um trampolim para outras carreiras jurídicas de maior relevância (*loc. cit.*).

⁴⁹ Trecho de jornal, citado em Bretas, 1997:55. Essa falta de profissionalismo na Polícia carioca fora reconhecido por Alfredo Pinto em seu relatório de 1906 (*apud* Bretas, 1997:58): “nosso agente de polícia é o tipo clássico do funcionário canhestro que compromete tudo, desacreditando a administração, fazendo da força bruta e das más maneiras sua principal característica, e dessa forma dando a falsa ideia de uma guarda negra, sempre incumbida de missões sinistras”. Essa imagem negativa da Polícia foi o objeto das principais reformas policiais no início do século XX.

⁵⁰ Bretas, 1997:71.

generalizadas aos transeuntes (conhecidas como “pega-bois”) e, apesar da aversão do público, contraditoriamente os policiais que organizavam essas atividades eram promovidos a cargos mais elevados na instituição. De forma geral, ter que recorrer à ajuda da Polícia era socialmente visto como um demérito à vítima e as testemunhas evitavam o contato com policiais, por medo de serem vítimas de arbitrariedades⁵². Também era ordinário que os policiais se prevalecessem da função para se esquivar da responsabilização por ilícitos ordinários, ou que exercessem sua autoridade policial motivada por critérios de clientelismo, usando suas margens de discricionariedade para favorecer ou prejudicar quem fosse de seu interesse⁵³. No início do século XX, os crimes mais ordinários praticados por policiais eram o defloramento, o homicídio e as agressões⁵⁴. As poucas punições que tinham de policiais praticando crimes não eram ligadas propriamente à violência que os policiais praticavam aos transeuntes, mas especialmente à violação da hierarquia interna da Polícia⁵⁵. Havia uma carta branca para lidar com os que não estavam ligados às estruturas de apadrinhamento do estado, com certa tolerância institucional da violência e corrupção, desde que aplicadas aos excluídos sociais. Após o regime do Estado Novo de Vargas, as Polícias das demais cidades brasileiras passaram por um progressivo nível de estruturação e profissionalização, todavia, a tortura ainda era uma prática constante na Polícia brasileira⁵⁶. Na síntese de Bretas, “o relacionamento entre a Polícia e o público era permeado pela violência, pelo medo e talvez por uma deferência concedida a contragosto. Não é difícil argumentar que as coisas não mudaram muito no correr do século”⁵⁷.

As práticas policiais sofreram nova reconfiguração na década de 1960, diante da ascensão de um regime político ditatorial e ainda ante o crescimento do fenômeno da urbanização (e, portanto, da criminalidade urbana). Com o golpe militar de 1964, uma das

⁵¹ Bretas, 1997:117.

⁵² Bretas, 1997:120-122.

⁵³ Bretas, 1997:127-136.

⁵⁴ Bretas, 1997:147. Ele registra alguns poucos casos documentados de corrupção policial, especialmente o cobrar valores para não agir diante de prostíbulos (Ibibem:161) e a liberação infundada de pessoas detidas em flagrante delito (*ibidem*: 210).

⁵⁵ Bretas, 1997:155.

⁵⁶ Battibugli, 2006:85, indicando que a profissionalização da Polícia Civil de São Paulo apenas ocorreu em 1946, com o primeiro concurso para delegado de polícia no estado, todavia a prática da tortura ainda era vista abertamente como um método legítimo de investigação (relatando caso de um delegado de polícia que em 1949 admitiu abertamente que mandara agredir o preso para que confessasse, pois havia aprendido esse método de investigação durante curso realizado nos EUA), bem como relatando inúmeros outros casos de arbitrariedade policial antes do golpe militar.

⁵⁷ Bretas, 1997:205.

primeiras atividades do novo regime foi uma “reabilitação moral”, destinada a eliminar ou neutralizar os “subversivos” do sistema político. Durante o regime militar, a Polícia teve um papel ativo na realização das tarefas úteis ao regime, ainda que ilegais. Nos três primeiros meses logo após o golpe militar, cerca de 50 mil pessoas foram presas por todo o Brasil. As prisões e buscas domiciliárias eram realizadas sem ordem judicial, normalmente acompanhadas de atos de truculência, como agressões generalizadas e eventualmente até estupros. Houve reconfiguração da Polícia Militar, que até 1969 era uma espécie de exército estadual que se mantinha aquartelado e intervinha em apenas momentos de crise, e passou, após 1969, a receber a atribuição de garantia da ordem pública de forma generalizada⁵⁸.

Muitas pessoas desapareceram durante esse período e a tortura institucionalizou-se como o método ordinário de investigação, especialmente mediante a ação do DOI/CODI, instituição criada pelos militares em 1970 para centralizar a guerra do regime contra a “subversão”, através de homicídios e violências institucionais⁵⁹. As diversas práticas de torturas, institucionalizadas por métodos de ensino, consistiam no “pau de arara”, choque elétrico, no afogamento, na “cadeira de dragão” (cadeira de zinco destinada a ministrar choque elétrico com dispositivos para gerar lesões ante os espasmos naturais dos membros, normalmente também associada a afogamentos), aprisionamento em geladeiras, na exposição a insetos e animais, a sons ensurdecedores, no uso de produtos químicos, queimaduras de cigarros, “corredor polonês”, em agressões e diversos outros métodos que tiveram seu limite apenas na imaginação macabra de policiais que eram cobrados por resultados não importavam seus métodos⁶⁰. Diversas divisões da Polícia Civil, denominadas rondas (especialmente a Rudi e Roni) evoluíram para se tornarem esquadrões da morte institucionalizados. Movimentos de protesto público eram violentamente reprimidos com tiros abertos contra a multidão.

Tais práticas de arbitrariedades, apesar de serem flagrantemente afrontosas dos padrões legais vigentes à época, eram sistematicamente toleradas e mesmo incentivadas pelo regime então vigente, transformando-se em verdadeiro direito consuetudinário de praticar atrocidades em nome da segurança nacional. Sobre esse período, afirma Arns: “era preciso situar

⁵⁸ Saporì, 2007:105.

⁵⁹ Tais atrocidades estão exaustivamente documentadas em Huggins *et al.*, 2006; e Arns, 2003. Este último recolhe dos próprios documentos militares relatos pormenorizados da violência, que, de tão normalizada, era ela mesma documentada.

o Direito brasileiro no panorama da história do Direito, fixando-lhe as qualidades próprias de uma época marcada pela hipertrofia do Executivo, pela subordinação do Judiciário a outras instâncias de poder, pela ideologização da verdade jurídica, por influência de uma questionável Doutrina de Segurança Nacional”⁶¹.

Durante esse período, as alegações de tortura e abusos, ainda que individualizando agressores e acompanhadas de testemunhas e provas técnicas (uma situação rara na investigação do desvio policial), eram sistematicamente negligenciadas pela Justiça. Os atos de violência não eram mera ação de indivíduos patologicamente perturbados, mas uma ação organizacional na qual os policiais passavam a acreditar que tinham legitimidade para praticar as arbitrariedades em nome de um ideal mais elevado (a segurança)⁶².

Assim, a ideologia institucional de emprego indiscriminado da violência em nome da segurança, a tolerância institucionalizada da violência ilegal e a não punição em juízo das eventuais arbitrariedades fomentaram um cenário propício à normalização do desvio policial. Esse foi período um período de profundo desvalor pela dignidade da pessoa humana, de absoluta desconsideração de padrões éticos e de florescimento de uma cultura de arbitrariedades.

A breve análise ora feita permite concluir que a história da Polícia brasileira é também uma história de “longevidade sem contestações de um sistema baseado no abuso de poder [... no qual] a forma como a ordem era mantida permitiu a expansão de um sistema policial muito independente, praticamente sem controle ou prestação de contas”⁶³. Apesar de a ditadura militar ter apresentado a faceta mais cruel da violência policial (que talvez tenha sido sua aplicação indiscriminada aos membros da elite), os germens de arbitrariedade sempre estiveram presentes na história da instituição, o que faz refletir sobre a relação institucional entre o potencial de arbitrariedades e atividade policial, expressa na violência institucional dirigida às classes subalternas, enraizada na história da Polícia brasileira⁶⁴.

⁶⁰ Arns, 2003.

⁶¹ Arns, 2003 (prefácio).

⁶² Sobre a explicação organizacional da violência policial, de como os policiais passavam a normalizar as barbáries praticadas em função de valores compartilhados pelos colegas de trabalho, ver Huggins *et al.*, 2006.

⁶³ Bretas, 1997:207.

⁶⁴ Nesse sentido: Lemgruber *et al.*, 2003:53.

1.3.1.2 A persistência de fenômenos de desvio policial no Brasil recente

A CRFB/1988 representou a consolidação de um processo histórico de aversão à arbitrariedade punitiva que marcou o período da ditadura militar, com diversos dispositivos especificamente direcionados à contenção da arbitrariedade policial⁶⁵. Infelizmente, a CRFB/1988, apesar de criar um ambiente democrático de realização da segurança pública, não logrou apagar totalmente as práticas históricas de arbitrariedades no exercício da atividade policial⁶⁶.

No passado, durante a ditadura militar, o discurso que justificava o exercício concreto de poderes exacerbados pela Polícia era a necessidade de prevenção contra os comunistas, anarquistas e subversivos. Hoje o medo social é dirigido contra o crime organizado e a demanda por medidas mais severas de controle social pela Polícia continua a mesma (apenas com a substituição do antigo jargão “segurança nacional” pelo atual “segurança pública”).

Em abril de 1997, o IBOPE realizou em âmbito nacional pesquisa com resultados assustadores: cerca de 70% dos brasileiros disseram não confiar “nenhum pouco” na Polícia; a maioria considerou que a qualidade dos serviços da polícia piorou ultimamente e 92% temem que os policiais façam mal a algum de seus parentes⁶⁷. Pesquisa do IPEA de 2012 chegou a resultados semelhantes: 53,5% dos brasileiros consideram que os policiais no Brasil não respeitam os direitos dos cidadãos, 63,5% consideram que os policiais no Brasil tratam as pessoas com preconceito e 12% dos entrevistados que afirmaram já terem sofrido um atendimento policial relataram terem tido problemas, como ter sido ameaçado, extorquido, ofendido verbalmente ou agredido fisicamente durante ou em decorrência do atendimento policial⁶⁸. Segundo pesquisa de 2013 do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ao menos cinco pessoas morrem por dia em confrontos com a polícia e 70% da população não confia na Polícia, enquanto

⁶⁵ Aprofundaremos essas garantias fundamentais adiante, na seção 2.2.

⁶⁶ Sobre a persistência de práticas de violência e corrupção policial no período pós-redemocratização, ver em geral: Donnici, 1990; Chevigny, 1995:145-180; R.K. Lima, 1995; Cavallaro, 1997; Pastore, 1997; Mesquita Neto, 1999; E.P. Mendes, 1999; D.D. Oliveira *et al.*, 2001; Lemos-Nelson, 2002; Lemgruber *et al.*, 2003; A.T.M. Costa, 2004; Lyra *et al.*, 2004; P.S. Pinheiro, 2005; Huggins *et al.*, 2006; Hagen, 2006:234; Leeds, 2007; Ratton, 2007; Alston, 2009; Marimon, 2009; Anistia Internacional, 2011:136-137; MNDH, 2012. Mais amplamente, sobre a persistência de práticas arbitrárias na polícia após regimes ditatoriais, ver Mouhanna, 2011:23 *et seq.* Malarino, 2004:118, argumenta que essa persistência poderia ser explicada pelo fato de os policiais do regime ditatorial continuarem a atuar após a redemocratização, transferindo seus conhecimentos práticos aos novos policiais.

⁶⁷ Pastore, 1997. Em sentido semelhante, em *survey* realizado em Recife, 78% das pessoas não confia na Polícia e 83% acredita que ela é corrupta: Paixão *et al.*, 1992:89.

na Inglaterra 82% da população confia na Polícia⁶⁹. Segundo Lembruger, em 1996, 991 pessoas morreram em confrontos armados com a Polícia no Rio de Janeiro, e em 2000 esse número foi de 483, o que representa uma verdadeira guerra civil; muitos dos cadáveres apresentavam mais de um tiro na cabeça, indicando que a Polícia é treinada para matar⁷⁰. A tortura ainda não está totalmente erradicada das Delegacias de Polícia, podendo-se dizer que a realização de interrogatórios com um tom de coação indicativos de violência simbólica são quase uma regra no caso de suspeitos de crimes graves que pertencem às classes baixas⁷¹.

Uma análise das estatísticas das Corregedorias de Polícia demonstra que há uma diversa gama de desvios policiais que são ordinariamente objeto de reclamações, ainda que a investigação da maioria deles não conclua pela sua ocorrência. Segundo Lemgruber, em pesquisa realizada com os comandantes de batalhão do Rio de Janeiro, os desvios policiais mais ordinários são a violência arbitrária, a falta de profissionalismo, não atendimento de ocorrências, falta de educação, desvios administrativos, dependência química, abandono de posto, extorsão, envolvimento com tráfico de drogas, roubo, porte ilegal de armas, também havendo incidências de envolvimento de policiais com a criminalidade (tráfico de drogas, roubos, homicídios, estupros)⁷².

Com efeito, há diversos casos recentes de violência e corrupção policiais no Brasil, documentados tanto pela mídia, por livros decorrentes do jornalismo investigativo, pela pesquisa sociológica, quanto pela jurisprudência⁷³. Ele também está documentado pelo cinema

⁶⁸ IPEA, 2012.

⁶⁹ Lima e Bueno, 2013:8-9.

⁷⁰ Lemgruber *et al.*, 2003:39.

⁷¹ Lemgruber *et al.*, 2003:68 e R.K. Lima, 1995:82-88, indicando a tortura como técnica de investigação ordinária no Rio de Janeiro, e que, quando há impedimento de usá-la, acaba gerando a ineficiência da investigação ante a falta de competência para outros métodos legais de investigação.

⁷² Lemgruber *et al.*, 2003:75.

⁷³ Especificamente sobre o jornalismo investigativo relatando casos de arbitrariedades policiais, ver: Barcellos, 1994 (relatando como policiais militares de São Paulo se envolveram em grupos de extermínio – livro que obrigou o jornalista a passar uma temporada no exterior em razão das ameaças que sofreu de integrantes da Polícia Militar); Gaspari, 2002 (sobre as arbitrariedades da ditadura militar); Benjamin, 1998 (relato do dirigente da Polícia Civil do Rio de Janeiro, e das resistências internas ao processo de controle das arbitrariedades); Amorim, 2003 (sobre o envolvimento de policiais civis e militares em organizações criminosas como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital); Gusmão, 2006 (história de Dona Vitória da Paz, uma dona de casa que filmou a ação de traficantes na porta de sua casa, denunciou os fatos à Polícia, todavia essa não tomou qualquer providência ante seu envolvimento no crime); P. Souza 2002 e 2006 (o primeiro narrando a omissão sistêmica das autoridades de segurança pública em resolver o problema do tráfico de drogas, e o segundo quanto à omissão policial diante do agigantamento das organizações criminosas como PCC e outras); Nepomuceno, 2007 (relativo ao massacre de Eldorado dos Carajás, praticado por policiais militares durante desocupação de terras invadidas).

brasileiro, especialmente na recente série de filmes “tropa de elite” (inclusive, no primeiro filme da série, com certa “glamorização” das práticas de tortura levadas a cabo pelo BOPE do Rio de Janeiro – conforme a ótica do espectador), que não chega a ser inteiramente uma ficção, já que tais práticas realmente ocorreram de forma institucional, ao menos durante a década de 1990 no Rio de Janeiro⁷⁴.

Analisaremos de forma ilustrativa alguns desses casos.

Inúmeras chacinas maculam a história da Polícia. Na chacina do Carandiru, em 1992, após uma rebelião na Casa de Detenção de São Paulo, 111 detentos foram mortos por ação da Polícia Militar, com indicativos de que muitos deles já estavam se rendendo ou se escondendo nas celas e ainda assim foram mortos⁷⁵. O comandante da operação, Coronel Ubiratan, foi inicialmente condenado a 632 anos de prisão pelo Tribunal do Júri, todavia, após ser eleito deputado estadual em São Paulo, o processo foi remetido ao Órgão Especial do TJ/SP, o qual absolveu-o. Apenas em 2013, outros 25 policiais de menor graduação foram condenados a 624 anos de prisão, uma lentidão de 20 anos que coloca em xeque a efetividade da Justiça brasileira.

Na chacina da candelária, em 1993, seis menores e dois maiores, todos moradores de rua, foram assassinados por um grupo de extermínio composto por policiais militares do Rio de Janeiro. Nesse crime, três policiais foram condenados e dois foram absolvidos. No mesmo ano, após a morte de quatro policiais militares, um grupo de cerca de 52 pessoas encapuzadas, presumidamente policiais militares em vingança, invadiu a favela de Vigário Geral, no Rio de Janeiro, tendo arrombado diversas casas e executado 21 pessoas. 13

⁷⁴ Padilha, 2007 e 2010 (*Tropa de Elite*, sobre violência e corrupção na Polícia Militar do Rio de Janeiro). Ver outros filmes de relevo: Goifman, 2006 (*Atos dos homens*, documentário sobre as vítimas de várias chacinas na baixada fluminense); Babenco, 2003 (*Carandiru*, sobre o massacre no presídio do Carandiru), Padilha, 2002 (*Ônibus 174*, documentário sobre o incidente do sequestro de um ônibus, ocorrido em 2000 na zona sul do Rio de Janeiro, seguido intensa negociação entre policiais e sequestrador e, após a rendição do sequestrador, da sua execução por policiais militares); Meirelles, 2002 (*Cidade de Deus*, sobre a relação entre policiais corruptos e traficantes na Cidade de Deus); Caldas e Luna, 2000 (*O rap do pequeno príncipe contra as almas sebosas*, sobre a situação de abandono de segurança pública em bairros de periferia no interior do Recife, que fomenta ações de “justiceiros” como provedores privados da segurança local); Salles e Lund, 1999 (*Notícias de uma guerra particular*, documentário sobre a ação violenta da Polícia Militar carioca nas favelas dominadas pelo tráfico, com diversas entrevistas de policiais reconhecendo explicitamente que a Polícia é corrupta e violenta, mas que tal é necessário para manter os “excluídos sob controle”); e o clássico de Faria Jr., 1979 (*A República dos assassinos*, sobre os esquadrões da morte, compostos por policiais, na década de 70), entre outros.

⁷⁵ Evento retratado no livro de Varela, 1999, e no filme de Babenco, 2002.

policiais foram expulsos da corporação; o Ministério Público denunciou 52 policiais mas apenas 7 foram condenados criminalmente.

Em 1996, policiais militares, sob influência de latifundiários, mataram 19 sem-terra que invadiram fazenda em Eldorado dos Carajás, Pará, sendo documentado que ao menos dez dessas pessoas já estavam dominadas e foram mortas a “queima-roupa”, em nítida atividade de extermínio⁷⁶.

Em 2002, numa intervenção da Polícia Militar para por fim a uma rebelião no presídio de Urso Branco, em Porto Velho (RO), policiais militares mataram 27 presos, com registros de decapitações, enforcamentos e choques elétricos. Sete policiais foram condenados a penas superiores a 400 anos de prisão.

Em 2006, 29 pessoas foram mortas em uma chacina nas cidades de Nova Iguaçu e Queimados, na Baixada Fluminense, com envolvimento de policiais militares. Em 2008, um grupo de extermínio composto por policiais militares e ex-policiais executou sete pessoas na Baixada Fluminense; em retaliação à testemunha esse crime, no ano seguinte, o mesmo grupo executou cinco pessoas que seriam familiares da testemunha (que está sob proteção judicial), numa casa na favela do Barbante, em Inhoíaba/RJ. Além dos grupos de extermínios, disseminou-se no Rio de Janeiro a prática de “atirar para matar” nos confrontos com organizações criminosas: em 2001, 592 civis morreram em confrontos com a Polícia fluminense, em 2002 esse número foi de 900 pessoas, e em 2003 foi de 1195 pessoas, assemelhando-se a uma verdadeira guerra civil⁷⁷.

Nesse mesmo ano de 2006, a cidade de São Paulo sofreu um conjunto de atentados às Delegacias de Polícias e desordens públicas orquestrados pela facção criminosa do PCC. Em represália aos atentados, a Polícia Civil de São Paulo matou 124 pessoas, sempre documentando os episódios como “resistência seguida de morte”, esclarecendo-se posteriormente que cerca de 70% dessas mortes foram execuções sumárias⁷⁸.

Segundo relatório da PC/SP, a atividade de grupos de extermínio da PM/SP durante os anos de 2006 a 2010 foram responsáveis por cerca de 150 homicídios na capital

⁷⁶ Nepomuceno, 2007.

⁷⁷ Lyra *et al.*, 2004:16. Eles também retratam inúmeros casos paradigmáticos de violência policial no Rio de Janeiro durante o ano de 2004.

paulista, com suspeita de envolvimento de cerca de 50 policiais nas atividades de controle do tráfico de drogas e de jogos de azar⁷⁹. Também em Goiás, há fortes indícios da atividade de grupos de extermínios, com indicativos de que 117 pessoas teriam sido mortas por grupos de extermínio da Polícia em Goiânia entre 2003 e 2005, chegando-se ao paradoxo de haver mais pessoas “desaparecidas” em Goiás durante o período de democracia do que durante o período da ditadura. Quando investigações avançaram no sentido da responsabilização de policiais, movimentos corporativistas da PM/GO organizaram retaliações a jornais locais e a autoridades envolvidas com as investigações e até mesmo ao Poder Legislativo local⁸⁰.

O famoso caso do megatraficante colombiano Juan Carlos Ramirez Abadía demonstra o risco de corrupção a que estão expostas as Polícias. Mesmo antes de ser preso no Brasil, o traficante alega que ele e outros integrantes de sua quadrilha foram vítimas de extorsões praticadas por policiais civis de São Paulo, que exigiam um milhão de dólares para libertar companheiros seus que estariam sequestrados na Colômbia por outras facções criminosas associadas aos policiais corruptos. Esse caso demonstrou a ligação entre os policiais e outras quadrilhas de tráfico de drogas na Colômbia para o favorecimento do tráfico⁸¹.

Em algumas situações, a própria atividade de repressão à violência policial envolve certo risco à integridade pessoal das integrantes das instâncias de controle. Em setembro de 2010 uma investigação identificou o envolvimento de quatro policiais militares em um grupo de extermínio em São Gonçalo/RJ. Esse grupo sequestrava, extorquia e matava pessoas ligadas ao tráfico de drogas, havendo indícios de seu envolvimento em cerca de 11 homicídios. A responsável pela expedição dos mandados de prisão foi a juíza carioca Patrícia Lourival Acioli, conhecida por ter um “martelo pesado” contra grupos de extermínios formados por policiais militares. Todavia, depois de reiteradas ameaças de morte, a referida juíza foi vítima de homicídio mediante emboscada em 12 de agosto de 2011, em circunstâncias indicativas de o

⁷⁸ Alston, 2009:10-11.

⁷⁹ Camarate, 2011.

⁸⁰ R. Alves, 2011; C. Alves, 2011. Sobre a filmagem dos atos de intimidação praticados pelos policiais ao jornais que divulgaram as investigações da Polícia Federal contra integrantes da PM/GO, ver reportagem do Jornal Nacional (Rede Globo), em: <<http://www.youtube.com/watch?v=e6NFDthtvYI>>. Acesso em 6 abr. 2011. Ver petição inicial de STJ, IDC 3/GO, rel. Min. Jorge Mussi.

⁸¹ Ver reportagem do Jornal Nacional (Rede Globo), em: <<http://www.youtube.com/watch?v=5DzpcgktvHc>>. Acesso em: 23 jun. 2012. Normalmente quando grandes criminosos estrangeiros são presos no Brasil, eles procuram não ser extraditados para cumprirem penas no Brasil, ante a conhecida leniência do sistema brasileiro. Nesse caso, o traficante pediu para ser extraditado para os EUA, ante seu medo de retaliações da Polícia brasileira.

crime estar relacionado com sua atuação no caso dos grupos de extermínios formados por policiais militares⁸². Esse atentado não é isolado. Em junho de 2011 a Juíza Fabíola Moura foi vítima de um atentado praticado por policiais militares que eram processados por tortura no interior de Pernambuco. Após pedir escolta de policiais civis diante das constantes ameaças, a juíza recebeu escolta de policiais militares e, entre os integrantes de sua escolta pessoal, estava um policial que era investigado por tortura. Apesar do atentado, a juíza sobreviveu mas foi removida da Comarca onde atuava⁸³. Esses casos indicam o quanto a violência policial pode comprometer os fundamentos do próprio Estado de Direito (a independência da magistratura).

Em março de 2011 um caso chocou o país. Uma mulher que estava no cemitério em Ferras de Vasconcelos –SP, visitando o túmulo de seu pai, momento em que presenciou uma viatura da Polícia Militar chegar ao local, retirar uma pessoa da viatura e disparar-lhe a queima roupa. Na sequência, a pessoa ligou para o 190 e informou o que havia visto, sendo orientada a indicar o número da viatura. A mulher teve sangue frio para esperar a viatura passar e para informar o número da viatura ao operador telefônico da central de operações policiais. Ao perceber que estava sendo visto, o policial foi até a mulher e disse que estava socorrendo uma vítima e convidou a testemunha a acompanhá-lo à delegacia, fato gravado na conversa telefônica. Posteriormente os policiais alegaram que houve roubo seguido de resistência, mas o depoimento da corajosa testemunha, com relato em tempo real da execução praticada pelos policiais, fez essa versão dos policiais cair por terra⁸⁴.

⁸² Sobre a notícia da chacina de São Gonçalo, conferir notícia em: <<http://www.osaogoncalo.com.br/site/pol%C3%ADcia/2011/7/2/16934/grupo+de+exterm%C3%ADnio+%C3%A9+preso+em+s%C3%A3o+gon%C3%A7alo>>, acesso em: 12 ago. 2011. Sobre o homicídio da juíza, conferir notícias em: <<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2011/08/12/juiza-executada-em-emboscada-em-niteroi-925119611.asp#ixzz1Uo0auoZ9>>, acesso em: 12 ago. 2011. Era uma das posições da juíza assassinada que os crimes praticados por policiais durante o serviço seriam mais graves que os praticados por um cidadão comum: “ao cometer um crime, o policial gera na população uma descrença no poder constituído, o povo passa a procurar o poder paralelo e desacreditar o Estado” (*ibidem*). Sobre a conclusão das investigações no sentido de que os autores do crime foram efetivamente policiais militares, que executaram a juíza de forma a evitar que ela decretasse suas prisões preventivas, ver: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2011/09/justica-decreta-prisao-de-policiais-envolvidos-na-morte-de-patricia-acioli.html>>, acesso em: 12 set. 2011.

⁸³ O caso ganhou repercussão nacional quando a juíza, mesmo removida para outra cidade (no interior de Pernambuco), pediu a continuidade de sua proteção, mas tal foi negado pelo TJ/PE e também pelo CNJ, diante do fato de não haver provas da continuidade das ameaças. Apesar de objetivamente não continuarem as ameaças, conclui-se que ela foi grave o suficiente para abalar a sensação de segurança da juíza, o que, por si só, pode configurar um atentado à independência da magistratura. Conferir: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-01/juiza-teve-escolta-retirada-cnj-mobilizacao-colegas>>. Acesso em 5 mar. 2012.

⁸⁴ Conferir mais detalhes em:

Outro caso que expressa a rotina de uso da força excessiva foi documentado por um cinegrafista amador no Recife em fevereiro de 2011. Foram presas duas pessoas suspeitas de tentativa de roubo no edifício residencial no qual habitava a família do Vice-Governador de Pernambuco. Os policiais militares prenderam os suspeitos, conduziram-nos à praia (local onde se suspeitava que tivessem dispensado as armas), agrediram os detidos em público, dando-lhes chutes quando já estavam algemados, bem como deitaram um dos detidos no chão e pisando em sua cabeça sob a água rasa da praia para que as ondas pudessem gerar um leve afogamento. As imagens chocantes tiveram repercussão nacional⁸⁵.

Essa visão de que a Polícia deve ter amplos poderes para praticar arbitrariedades em nome da eficiência é compartilhada por dirigentes e por segmentos políticos de extrema-direita. A estabilidade da democracia brasileira parece ser colocada em cheque quando um deputado federal (Jair Bolsonaro, ex-capitão do exército), defendeu abertamente a legitimidade de se praticar tortura para facilitar a obtenção de confissões no caso de tráfico de drogas⁸⁶. Segundo Jorge da Silva (professor da UERJ e coronel da reserva da PM/RJ), a sensação de que “ninguém manda na Polícia” em determinadas unidades da federação é sensível no Brasil⁸⁷.

A jurisprudência brasileira também documenta vários casos de policiais que praticaram crimes e foram condenados, ainda que tais condenações de primeira instância usualmente acabem por não sobreviver à prescrição durante os recursos.

<<http://www.estadao.com.br/interatividade/Multimedia/ShowAudios.action?destaque.idGuidSelect=7C5E4F10BA73497D9C8B0EEBEB0F331A>>. Acesso em: 06 abr. 2011.

⁸⁵ Conferir em:

<http://jc3.uol.com.br/blogs/blogjamildo/canais/noticias/2011/02/01/movimento_de_direitos_humanos_repudia_acao_policial_na_praia_de_piedade_90894.php>. Acesso em: 21 jun. 2011.

⁸⁶ Ver entrevista dada pelo Deputado em: <<http://www.youtube.com/watch?v=AjDZUIQI0Tw&feature=related>>. Acesso em: 6 abr. 2011.

⁸⁷ Entrevista em Malin, 2011. Jorge da Silva resume a situação da Polícia em seu estado nos seguintes termos: “Seja Polícia Militar, Polícia Civil, a Polícia faz o que quer. Na Constituição de 88, perderam a oportunidade de resolver isso. Ao contrário. Criaram um monstro: constitucionalizaram as Polícias, coisa que não existia anteriormente. Os estados podiam organizar suas Polícias dessa ou daquela forma. Deram às Polícias uma autonomia que não se cumpre em benefício do Estado nem da população. São corporações que vivem para si mesmas, e para quem fizer o que elas querem”. E, ao comentar a administração da PM/RJ pelo coronel Nazareth Cerqueira, na década de 90, posteriormente assassinado por outro policial militar, ele acrescenta: “Você sabe muito bem que o coronel Cerqueira não liderou a Polícia, porque a Polícia não quis ser liderada por ele. A rejeição a ele e a mim foi sempre muito grande. Nós não conseguimos liderar nada, porque nós queríamos um outro caminho. O que eles queriam era sair por aí matando, fazendo arbitrariedades, e nós tentávamos controlar. Quem tenta controlar a Polícia está feito. Não lidera nada”.

Há casos de policial militar que praticou crime de estupro fora do serviço⁸⁸; de quadrilha formada por policiais militares e agentes penitenciários que, dentro do Presídio Regional de Joinville/SC, exigia vantagem financeira indevida, em troca de regalias, exercendo, ainda, constantes ameaças sobre os detentos⁸⁹; há caso de policiais federais que teriam praticado tortura no interior de delegacia no Rio de Janeiro, ensejando a morte de um detento, traumatismo craniano de outro e lesões corporais em outras duas pessoas⁹⁰; caso de policiais civis da divisão de narcóticos no Ceará que se envolveram em atividades de tráfico de drogas⁹¹; e casos semelhantes com policiais civis de Tocantins⁹².

Há caso de policial civil de Rodeio Bonito/RS, que exigia (em várias ocasiões), suborno para não autuar pessoas em flagrante delito, para não instaurar inquérito policial⁹³. E ainda caso de policial no Rio Grande do Sul que exigia propina para não autuar em flagrante delito e acobertar prática criminosa, pois durante o cumprimento de mandado de busca a apreensão domiciliar localizo-se várias armas⁹⁴. Ou, pior ainda, o caso do próprio Chefe de Polícia do Rio Grande do Sul, denunciado por eliminar de um procedimento de investigação uma gravação audiovisual que incriminava um Delegado de Polícia pelo crime de concussão, para não envolver uma pessoa em investigação ligada ao jogo do bicho na cidade de Gramado⁹⁵.

A jurisprudência documenta o caso do policial civil de São Paulo envolvido em atividade de organização criminosa, com cárcere privado, extorsão qualificada, falsidade ideológica, concussão e formação de quadrilha⁹⁶. E ainda o subtenente da Polícia Militar do Mato Grosso do Sul envolvido em atividades de extorsão mediante sequestro⁹⁷. Ou o Delegado de Polícia e o investigador da PCMG envolvidos em atos de concussão, prevaricação e abuso de

⁸⁸ STJ, AgRg no Ag 1267759/GO, rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 5 out. 2010, DJe 25 out. 2010.

⁸⁹ STJ, HC 89.062/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 21 ago. 2008, DJe 15 set. 2008.

⁹⁰ Julgando recurso sobre a ação de improbidade administrativa para o afastamento cautelar do cargo: STJ, REsp 785.667/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 15 abr. 2008, DJe 14 maio 2008.

⁹¹ STJ, HC 143.879/CE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 19 ago. 2010, DJe 13 set. 2010.

⁹² STJ, HC 50.262/TO, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 28 nov. 2006, DJ 5 fev. 2007, p. 269. Ainda em Tocantins, ver o caso semelhante: STJ, HC 34.303/TO, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 23 jun. 2004, DJ 23 ago. 2004, p. 258.

⁹³ STJ, HC 124.737/RS, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 28 jun. 2011, DJe 1 ago. 2011.

⁹⁴ STF, HC 91926, rel. Min. Eros Grau, 2ª T., j. 9 out. 2007, DJe-031 21 fev. 2008.

⁹⁵ STJ, RHC 11.600/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, rel. ac. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 13 nov. 2001, DJ 1 set. 2003, p. 321.

⁹⁶ STJ, HC 143.493/SP, rel. Haroldo Rodrigues (Des. conv. TJ/CE), 6ª T., j. 10 jun. 2010, DJe 2 ago. 2010.

⁹⁷ STJ, HC 33.360/MS, rel. Min. Jorge Scartezini, 5ª T., j. 11 maio 2004, DJ 1 jul. 2004, p. 237.

poder⁹⁸. Em ainda policiais militares do Rio Grande do Norte envolvidos em quadrilha para a prática de homicídios, extorsão, sequestro, tráfico de armas, adulteração de placas de veículos e auxílio ao narcotráfico⁹⁹.

A operação denominada “Hidra”, em 2005, apurou práticas delituosas relacionadas à constituição e existência de organização criminosa que permitia o ingresso de mercadorias de procedência estrangeira proibidas (contrabando) ou sem o devido recolhimento dos impostos (descaminho), utilizando-se de esquema de transporte rodoviário intenso, por meio de caminhões de transportadoras e de pessoas físicas, com falsificação de documentos públicos e particulares, envolvendo a corrupção de policiais e fiscais alfandegários¹⁰⁰.

No caso da máfia dos combustíveis no Rio de Janeiro, uma quadrilha agia na adulteração de combustíveis, com acobertamento por policiais civis e federais (na qual o “matador” do grupo era um policial civil)¹⁰¹. Não sem razão a Anistia Internacional conclui que a violência policial e a persistência da tortura como padrão de interação policial ainda são graves violações de direitos humanos que persistem no Brasil¹⁰².

A extensa lista de desvios policiais no Brasil que vieram a público (e que são apenas uma pequena “lasca” da ponta do iceberg) poderia fazer pensar que as arbitrariedades estão irremediavelmente enraizadas na Polícia brasileira e que esse seria um problema específico no Brasil. Por um lado, elas realmente demonstram que há um problema sério na Polícia brasileira, e que as promessas constitucionais ainda aguardam pleno cumprimento. A violência policial não é apenas um legado da ditadura militar, pois mesmo antes desse período já havia um padrão institucional de violação de direitos, mas, até então, direcionado preferencialmente às classes excluídas, o que indica uma persistência de padrões de violência policial antes, durante e depois da ditadura. Todos esses casos de grupos de extermínio formado por policiais e de seu envolvimento aberto em atividades criminosas não podem ser explicados simplesmente na lógica de alguns indivíduos com propensão para práticas arbitrárias, mas existem aspectos

⁹⁸ STJ, HC 16.587/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 5 jun. 2001, DJ 17 set. 2001, p. 198 (investigador de polícia). STJ, HC 16.492/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 5 jun. 2001, DJ 17 set. 2001, p. 198 (caso do delegado de polícia).

⁹⁹ STJ, REsp 1094709/RN, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 6 ago. 2009, DJe 21 set. 2009.

¹⁰⁰ STF, HC 89143, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., j. 10 jun. 2008, DJe-117 26 jun. 2008, RTJ 205-03:1248.

¹⁰¹ STJ, HC 128.637/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 5 maio 2009, DJe 1 jun. 2009.

¹⁰² Anistia Internacional, 2011:136-137.

organizacionais ligados ao exercício da atividade policial que permitem que o policial sem controle progrida em atividades violentas, passando por pequenas diligências (revistas, buscas, prisões) realizadas de forma truculenta e arbitrária, até chegar ao extremo da ampla banalização da violência expressa nos grupos de extermínio e nas associações de policiais para a prática sistemática de crimes. Não é apenas o policial que é descontrolado, mas é a instituição e o sistema jurídico que não controlam a contento. A violência policial reflete um nível mais amplo de exclusão e violência sociais, sendo um elemento que integra o sistema punitivo de fato de inúmeros países latino-americanos¹⁰³.

Algumas características da estrutura social brasileira têm sido recorrentemente apontados como fatores de fomento de uma cultura de normalização do desvio policial. Ainda que, como visto, o desvio policial no Brasil não tenha surgido com a ditadura, ela sem dúvidas potencializou o fenômeno, ao institucionalizar práticas de violência policial, que se tornam assim, muito mais complexas de serem redemocratizadas, eis que tal racionalidade de eficiência pela violência se perpetua no processo de socialização dos novos integrantes da carreira¹⁰⁴. A ditadura também institucionalizou uma racionalidade de autoritarismo nas instituições policiais, complexa de se democratizar¹⁰⁵. As graves desigualdades sociais brasileiras incrementam o risco do desvio policial, ao criarem ilhas de cidadania e bolsões de miséria e exclusão social, sendo o sistema penal (e, também, o policial, como a “ponta da lança”) especialmente direcionados para a contenção das consideradas “classes perigosas”, de forma que a violência para com esses grupos, apesar de não ser juridicamente programada, é faticamente aceita e acaba fazendo parte do sistema de controle social em operação¹⁰⁶. Essa perspectiva é agravada pela cultura de privilégios e clientelismo, na qual a cultura majoritária não prima pela construção de direitos (que passariam pela submissão à igualdade), mas pela manutenção de espaços de privilégios, na qual seja possível a obtenção de vantagens pessoais ainda que em detrimento dos valores coletivos¹⁰⁷.

¹⁰³ Zaffaroni, 1991:15, discorrendo sobre o discurso penal latino-americano, afirma: “a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais*” (grifos no original). Sobre a possibilidade fática de um determinado estado criar soluções de ilegalidade como estratégias político-criminais que se institucionalizam, ver Delmas-Marty, 2004:66et seq.

¹⁰⁴ Analisaremos esse aspecto adiante, subseção 1.4.2.

¹⁰⁵ J. Silva, 2005:253.

¹⁰⁶ Segundo R.K. Lima, 1995, a violência da Polícia brasileira se integra à lógica prática do sistema penal como um aspecto intrínseco do controle social, juridicamente não programado, mas faticamente aceito.

¹⁰⁷ Sobre o clientelismo na política brasileira, ver Seibel e Oliveira, 2006.

Dessa forma a Polícia é vista pelas elites como órgão de manutenção da ordem tradicional, e não efetivamente como um órgão de aplicação igualitária do Direito¹⁰⁸. Finalmente, o “jeitinho” brasileiro, enquanto esquema de racionalização de práticas e modelos subjetivamente justificados, apesar de ser um fator positivo na perspectiva de iniciativa e de criatividade para resolução de problemas não previstos, quando associado à cultura de privilégios, acaba sendo um fator de potencialização do desvio policial, na medida em que o policial também poder se deixar influenciar pela racionalidade do “jeitinho” para criar “ilegalidades de eficiência”¹⁰⁹.

Apesar de os fatores acima indicados potencializarem o problema do desvio policial no Brasil, uma análise da realidade em outros países permite a conclusão de que o desvio policial não é defeito exclusivo da Polícia brasileira, ao contrário, ele também é encontrado, em maior ou menor medida, em praticamente todos os países, ainda que os contornos especialmente dramáticos no Brasil derivem de seu específico desenvolvimento histórico e suas características sócio-culturais.

1.3.2 Desvio policial no Mundo

Em toda a América Latina, problemas de violência e corrupção estão enraizados na prática policial, derivados de uma longa cultura de períodos de exceção, aliada à necessidade de exercer controle social sobre grandes massas de excluídos¹¹⁰. Há uma série de eventos recentes que comprovam que a violência e corrupção policial não são eventos isolados, mas estão presentes em vários países e com várias manifestações distintas. Segundo Newburn, a corrupção

¹⁰⁸ J. Silva, 2005:253. Classificando o Rio de Janeiro como uma “cidade partida”, na qual há uma área dos cidadãos e a área dos suspeitos, essa última submetida ao controle policial, ver Ventura, 1994.

¹⁰⁹ DaMatta, 1981 (cap. IV), fala de uma dualidade de regramentos, na qual aos “indivíduos” atribue-se a dureza da lei, e às pessoas se possibilita o acesso aos benefícios das relações de poder. Já Schwarz, 2000, explora a ambivalência do ideário burguês e o paternalismo inscrito na experiência de grupos sociais brasileiros, que acaba por atingir o desempenho das instituições; tal ambivalência cultural brasileira teria uma explicação pela cópia de modelos exteriores centrais (ideário liberal) a países periféricos como o Brasil (marcados pela existência da escravidão), que geraria um “quiproquó das ideias”, numa dualidade entre valores e práticas. Analisando a marca histórica da “ética da malandragem” na cultura brasileira, que permite poder transitar, sem consequências danosas, pelas esferas da ordem e desordem, e que acaba por estabilizar (enquanto válvula de escape) essa diferença de concessão de direitos pela institucionalização da “malandragem”, ver A.C.M. Souza, 1993. Sobre essa dualidade de culturas como fator criminógeno, ver Misse, 2006:259. Especificamente relacionando o “jeitinho” como fator de favorecimento à corrupção policial no Brasil, ver J. Silva, 2005.

¹¹⁰ Indicando o problema, ver Ambos, 2009:330; Ambos e Choukr, 2004; Chevigny, 1995; Zaffaroni, 1991; L.A. Castro, 2005:128-132.

policial é um fenómeno que existe em todos os países do mundo, em maior ou menor escala¹¹¹. Em 1998, a Anistia Internacional documentou casos graves de violação de direitos humanos pela Polícia em 141 países¹¹². Punch ilustra casos de desvio policial emblemáticos em quatro países centrais¹¹³:

(i) Na Espanha, havia uma unidade secreta (GAL) que praticava homicídios de integrantes do ETA (grupo separatista basco) associados ao terrorismo. O então Ministro do Interior e vários policiais chegaram a ser presos em razão dessa estratégia clandestina.

(ii) Na Turquia, em 1998, membros do Governo, da Polícia e agentes de segurança foram acusados de estarem envolvidos em homicídios de oponentes políticos e em favorecer o tráfico de drogas.

(iii) Na África do Sul, a “comissão da verdade” (1999) revelou envolvimento de policiais em ataques clandestinos a membros do Congresso Nacional Africano durante o período do apartheid.

(iv) Na Irlanda do Norte, em 1998 houve suspeitas de que a Polícia estivesse envolvida em uma política de abuso da força letal quando estavam envolvidos suspeitos de terrorismo do IRA.

Em Portugal, em 2011 foi desarticulada quadrilha de policiais que eram usuários e traficantes de drogas, além de terem um esquema de extorsão de comerciantes e praticarem atividade de segurança privada¹¹⁴.

Na França, um dos casos mais emblemáticos ocorreu em dezembro de 2004, quando o jovem Abou Bakari Tandia foi supostamente (possivelmente) executado quando estava sob custódia da Polícia, no Comissariado de Courbevoie, na *banlieue* parisiense. Abou era um imigrante irregular de origem malásia e foi detido por policiais para uma averiguação de identidade. Durante a detenção, segundo a Polícia, Abou voluntariamente golpeou sua cabeça

¹¹¹ Newburn, 1999.

¹¹² Lapkin, 1999:90. Ver ainda Burns e Crawford, 2002:189-213.

¹¹³ Punch, 2003:172.

¹¹⁴ Processo em curso quando da redação desse tópico. Conferir a notícia em: <<http://www.rtp.pt/noticias/index.php?headline=46&visual=9&tm=7&t=4-Agentes-da-PSP-detidos-em-operacao-policial-na-zona-de-Cascais.rtp&article=441692>>.

contra a parede da cela. Ele foi internado em coma no hospital e morreu no mês seguinte. O caso arquivado pelo procurador de Nanterre após três meses por falta de provas, mas, diante de requerimento da família, o caso foi reaberto. Nesse caso há suspeita de ocultação de provas, como a câmara de filmagem no interior da cela (que estaria supostamente quebrada nesse dia) e o prontuário médico do paciente durante sua internação no hospital (que foi arquivado em local errado e recuperado após dois anos após ameaça de processo pelo advogado da família da vítima). Em janeiro de 2010 a Anistia Internacional publicou carta aberta na qual pedia providências do Estado francês para uma pronta apuração do caso (já após cinco anos da morte)¹¹⁵.

No final de 2010, a França foi condenada perante o TEDH por violação ao art. 3º da CEDH, pelo fato de policiais terem usado excessivamente da força durante a efetivação da prisão de um jovem, que sofreu tantas lesões (contusão do globo ocular direito, pulso, costas, múltiplas lesões cutâneas na face e pescoço, múltiplos hematomas no couro cabeludo) que ficou 21 dias incapacitado e acabou por perder um dos testículos¹¹⁶. Jobard narra vários casos de violência policial documentados em pesquisas sociológicas na França¹¹⁷.

¹¹⁵ Anistia Internacional, 2010.

¹¹⁶ TEDH, *Darraj vs. França*, 4 nov. 2010. O caso ocorreu em 2001 e o rapaz, então com 16 anos de idade, estava dentro de um carro, parado no meio da estrada sem motorista, em situação que os policiais suspeitavam ser produto de roubo. Como não portava documentos, o rapaz foi levado à delegacia para identificação. Já no interior da delegacia, ao reclamar da demora do procedimento, foi-lhe ordenado que seria algemado. Ao recusar ser algemado, os policiais usaram excessivamente a força para fazer cessar a resistência, provocando-lhe numerosas lesões por todo o corpo (contusão do globo ocular direito, pulso, costas, múltiplas lesões cutâneas na face e pescoço, múltiplos hematomas no couro cabeludo), chegando inclusive a fraturar o testículo direito – pelo que o rapaz teve de sofrer uma intervenção cirúrgica de emergência, tendo ficado incapacitado por 21 dias e acabado por perder o testículo. Os policiais foram condenados em primeira instância a oito meses de prisão por lesão dolosa, em segunda instância a condenação foi desclassificada para lesão culposa sendo substituída por multa de 800 euros, e na esfera civil o rapaz obteve ainda 5000 euros de indenização total por danos materiais e morais. Ele chegou a interpor recurso de cassação, o qual foi negado por ausência de relevância. A Corte de Estrasburgo considerou que o uso da força poderia ter sido evitado e foi, de qualquer forma, desproporcionado à compleição física do rapaz franzinho. A Corte considerou que a proibição de tratamentos desumanos constante do art. 3º da CEDH é absoluta, não admitindo exceções mesmo diante de casos de terrorismo e segurança interna e que, como o sujeito estava detido sob custódia da Polícia, a situação estava coberta pela proteção da convenção. Argumentou a Corte que a utilização de algemas na situação não foi justificada e portanto a resistência do rapaz foi legítima. Considerou que houve violação da CEDH porque: a) a condenação a uma pena de multa de valores módicos não era suficiente para um eficaz efeito dissuasório de outras violações policiais; b) os policiais não haviam recebido qualquer sanção disciplinar; c) o valor da indenização por danos morais foi inferior àquele usualmente estabelecido em outros casos (em torno de 15.000 euros). Para comentários à decisão, ver Colella, 2010.

¹¹⁷ Jobard, 2002: *en passant*. Ver também Boulloc, 2010:431, com a indicação de vários casos judiciais de condenação de policiais por atos de violência.

Na Itália, o caso do “Panda negro” é emblemático. Esse caso ocorreu em *Cortenuova*, cidade da província de Brescia, e teve o envolvimento de sete *carabinieri* e dois policiais locais. Eles saíam às sexta-feiras à noite com um veículo Panda, cor preta, com placa falsa, e abordavam de forma truculenta pessoas suspeitas de tráfico de drogas (normalmente imigrantes irregulares), usualmente agrediam-nas e apropriavam-se de seus objetos pessoais durante as abordagens, como relógios ou aparelhos de telefonia celular. O capitão do grupo chegou a ser eleito prefeito da cidade. Posteriormente, o grupo foi condenado, com penas variando de um a seis anos de prisão¹¹⁸.

Outro caso italiano recente e emblemático foi o “caso Cucchi”. Um jovem viciado em drogas que se envolveu em atividades de pequeno tráfico foi preso regularmente pela Polícia. Durante sua detenção, ele foi agredido de forma ilegal e excessiva por agentes penitenciários por desobedecer uma ordem, o que gerou uma fratura e várias equimoses. Ao ser transferido ao hospital penitenciário, solicitou reiteradamente para ter um colóquio com seu advogado de fiducia, seguindo-se uma greve de fome para poder falar com seu advogado, mas foi reiteradamente negado; sua família procurou ter informações sobre o mesmo e prestar-lhe assistência, mas a burocracia acabou por impedir esse contato. Também seguiu-se negligência médica no acompanhamento do quadro de saúde do preso, que piorou progressivamente sem intervenção oportuna. Ao final de uma semana preso, o jovem veio a óbito. Após o óbito, as agências oficiais procuraram elaborar relatórios indicando que não houve qualquer irregularidade e que a morte foi mera fatalidade, decorrente da própria dependência química do preso. A irmã do jovem iniciou uma campanha para esclarecer os fatos e punir os responsáveis, colocando em evidência em nível nacional os problemas do desvio policial e do acobertamento recíproco. Ao final de uma investigação especificamente conduzida pelo Ministério Público, houve acusação contra três agentes penitenciários pelas agressões e contra os médicos e enfermeiros que o atenderam por homicídio culposo por negligência. A irmã também escreveu livro narrando os detalhes do caso, com repercussão nacional na Itália¹¹⁹.

Na Inglaterra o problema não é diverso. São emblemáticos os casos dos seis de Birmingham, no qual policiais forjaram provas falsas que levaram à condenação dos envolvidos a

¹¹⁸ Palidda, 2011:18.

¹¹⁹ Cucchi, 2010.

dez anos de prisão; há ainda o caso dos quatro de Guilford, no qual pessoas comuns foram torturadas para confessar a participação em atentados do IRA, provando-se após vários anos de prisão sua inocência¹²⁰. E também o caso do brasileiro Jean Charles de Menezes, que em 2005 foi sumariamente assassinado por policiais britânicos, sem ter oferecido resistência letal, por ter sido equivocadamente confundido com um suspeito da prática de terrorismo, logo na sequência de um atentado a bomba no metro de Londres¹²¹.

Nos EUA, há longa tradição de estudos sobre a corrupção e a violência policial, que revelam procedimentos relativamente institucionalizados de tolerância ao desvio policial, numa situação descrita por Punch como um câncer institucional¹²². Um estudo da *Human Rights Watch* de 1998 documentou que o problema da violência policial era um problema institucionalizado em todo os EUA¹²³. Segundo o FBI (EUA), entre os casos de abuso de autoridade investigados durante o ano de 2009, os casos mais usuais foram os seguintes: uso excessivo da força, assédio sexual, prisões forjadas, realização de buscas ou prisões ilegais, privação indevida da propriedade e omissão em assegurar a proteção de uma pessoa¹²⁴.

Armacost relembra que os principais incidentes de violência policial recentes na história estadunidense foram: a agressão de Rodney King por policiais de Los Angeles, em 1991; o escândalo da Divisão Rampart em Los Angeles; a agressão e estupro (introdução de objetos no ânus) do imigrante haitiano Abner Louima por policiais de Nova Iorque, o tiro em um suspeito desarmado em frente a ao seu prédio residencial em Nova Iorque, alegações de tortura em Chicago e agressões violentes em Maryland¹²⁵.

Em Chicago, nos EUA, em 1982, houve um escândalo envolvendo policiais integrantes da *Area Two Violent Crimes Unit*, da área sul de Chicago¹²⁶. Andrew Wilson foi

¹²⁰ Ve comentários em Guinchard e Buisson, 2009:131. Sobre o caso Guilford, ver o filme de Sheridan, *In the name of the father*, 1993.

¹²¹ Ver documentário em Goldman, 2009.

¹²² Punch, 2003:174; Sherman, 1978.

¹²³ Collins, 1998:1.

¹²⁴ EUA. FBI. *Color of Law Abuses*. Disponível em: < http://www.fbi.gov/about-us/investigate/civilrights/color_of_law>. Acesso em: 3 dez. 2010. Referido texto classifica a investigação do abuso de autoridade como uma das principais linhas de ação para proteção de direitos fundamentais (ao lado dos crimes de ódio, tráfico de pessoas para exploração laboral e ataques a clínicas de aborto – este último um crime de intolerância que tem crescido nos EUA).

¹²⁵ Armacost, 2004:454.

¹²⁶ Para uma visão panorâmica desse caso, ver Armacost, 2004:478-482.

acusado de ter praticado o homicídio de dois policiais, tendo como prova sua confissão feita na Delegacia de Polícia. No curso do processo, alegou uma exceção de exclusão de prova, para que fosse desconsiderada sua confissão feita na Polícia, ao argumento de que fora torturado pelos policiais com agressões e choques elétricos nas orelhas, apresentando laudo médico de atendimento logo após sua liberação da Delegacia de Polícia, que documentavam quinze machucados pelo corpo, hematoma no olho, queimadura de segundo grau na coxa e escoriações em forma de “U” nas orelhas. De tão bizarra, a alegação sequer foi objeto de investigação pelo Departamento de Polícia. A moção de exclusão de prova não foi aceita e Andrew Wilson foi condenado à morte. Durante um processo de revisão criminal, antes da execução da pena, começaram a aparecer outras pessoas que se identificaram como também vítimas de brutalidade policial realizada pelos mesmos policiais que alegadamente teriam torturado Wilson, em investigações de homicídios, com extrema similaridade nas histórias e de fontes independentes entre si. Após anos de batalha judicial, em 1990 uma investigação do *Office of Professional Standards* do próprio Departamento de Polícia (uma espécie de Corregedoria Interna) documentou que havia um padrão sistemático de violação de direitos como técnica de investigação pelos policiais da *Area Two*. Em consequência o chefe do departamento foi exonerado, dois policiais responderam por processo administrativo; os demais policiais citados como envolvidos não foram disciplinados e não houve qualquer processo criminal. Ao contrário a associação dos policiais de Chicago realizou vários protestos públicos contra a demissão do chefe da unidade.

Um dos eventos mais dramáticos do desvio policial nos EUA foi a agressão de Rodney King, em Los Angeles em 1991. Rodney era um negro que foi abordado por policiais, fugiu e foi perseguido em alta velocidade, até ser parado em um subúrbio de Los Angeles. Ele foi cercado com seis viaturas e cerca de 23 policiais, tendo um dos policiais segurando-o enquanto dois outros policiais agrediram-no repetidamente (cerca de 56 vezes) e os demais policiais assistiam à agressão sem nada fazer¹²⁷. O fato foi filmado por um vizinho. Tanto o irmão do agredido quanto o vizinho procuraram delatar o abuso de autoridade à Polícia local, mas suas

¹²⁷ Discutindo esse episódio, como o fato de os policiais assistirem à agressão sem nada fazer demonstrava que estavam compactuando como o código de silêncio sobre aquela agressão, ver Skolnick, 2002:10.

informações sequer foram formalmente recebidas. O vídeo, levado à televisão, causou comoção internacional sobre o tema, e colocou o problema do desvio policial na pauta das discussões¹²⁸.

Os policiais foram submetidos a julgamento perante júri (cujos integrantes eram em maioria cidadãos de cor branca) e foram absolvidos, com o argumento de que as 56 batidas foram todas necessárias para imobilizar o autuado¹²⁹. Eles apenas foram condenados quando o julgamento foi afetado a uma corte federal, por séria violação de direitos fundamentais.

Logo após a divulgação do vídeo, seguiu-se um ciclo de revoltas e motins nas ruas de Los Angeles, contra a violência policial e a discriminação de negros, conhecidas como “LA riots”. Um das consequências dessa revolta foi o início de um processo nacional de reformas nos Departamentos de Polícia estadunidenses, a começar pelo próprio LAPD, instalando-se uma comissão de reforma desse Departamento de Polícia¹³⁰.

Ainda em Los Angeles, por volta do ano 2000, houve tantos casos de pessoas solicitando indenizações do Estado por violência policial, que todos os casos tiveram que ser concentrados em um único juiz. Um juiz federal determinou a possibilidade de aplicação de uma lei relativa à investigação do crime organizado (*Racketeering Influenced Corrupt Organization – RICO*) para investigar as ações contra o LAPD.

O Departamento de Justiça dos EUA (US DOJ) ingressou na justiça com ações para documentar que havia uma prática sistemática de violação de direitos humanos em vários Departamentos de Polícia (entre eles o LAPD) e, portanto, colocar esses Departamentos de Polícia sob monitoramento direto do US DOJ (situação denominada de *consent decree*)¹³¹. Essas intervenções consistem na nomeação pelo juiz de um auditor ao Departamento de Polícia por um período de tempo, para realizar um estudo de suas práticas e recomendar procedimentos de prevenção de violência policial.

¹²⁸ Um resumo da história consta de Skolnick e Fyfe, 1993:1-22. O vídeo chocante da agressão de Rodney King está disponível no site <www.youtube.com>.

¹²⁹ Essa absolvição ressalta o problema de a vítima do abuso de autoridade ser geralmente um cidadão de baixo *status* social, normalmente criminosos, prostitutas e moradores de bairros pobres, o que acaba por retirar a credibilidade do testemunho dessas pessoas se não houver uma outra prova material (no caso, um vídeo).

¹³⁰ O relatório dessa comissão é um relevante instrumento de pesquisa sobre o desvio policial; ver Christopher, 1991.

¹³¹ Skolnick, 2002:18.

Em Nova Iorque, em 1994, a Comissão Mollen esclareceu um elevado nível de corrupção e violência de atuação na Polícia da *Big Apple*. Esclareceu-se vários casos de envolvimento de policiais em esquemas de tráfico de drogas, como favorecimento das vendas, guardar armas e mesmo o cometimento de homicídios para a máfia¹³².

Nem sempre os fenômenos de corrupção afloram na mesma intensidade. Punch indica que o nível de corrupção detectado pela Comissão Mollen, em 1994, em Nova Iorque, não corresponde à corrupção existente nos países da Europa ocidental, apesar de aí também existir corrupção policial¹³³. Mas quando tais problemas surgem, eles se manifestam tradicionalmente em duas áreas: envolvimento de policiais com o tráfico de drogas e o uso excessivo da força policial.

O desvio policial está presente até nos países mais reconhecidos como pacíficos e organizados. Um dos casos complexos de documentação de violência policial e de reações agressivas contra a própria pesquisa desse fenômeno ocorreu na **Noruega**¹³⁴. A análise mais minuciosa do problema nesse país evidencia o quanto o problema do desvio policial é universal e como as tentativas de controlá-lo são sempre acompanhadas de resistências ferrenhas das instituições policiais.

Esse país escandinavo, marcado pela imagem de uma impecável burocracia estatal, de redes sociais estáveis e não conflituosas, foi abalado por uma pesquisa do início da década de 80 (relativa aos últimos dez anos), de casos de violência policial. A pesquisa foi realizada pelo estudante Gunnar Nordhus e pelo Prof. Dr. Edvard Vogt, a partir de prontuários médicos na cidade de Bergen para descobrir as razões alegadas pelas vítimas para as diversas agressões sofridas e, ao lado das tradicionais formas de violência doméstica e violência de rua, também constavam um número significativo de casos relatados como sendo fruto de violência policial. O estudo teve uma consequência brutal sobre a sociedade norueguesa e, amplificada pelos veículos de mídia, que, apesar de desacreditarem os resultados da pesquisa, acabou por forçar o Ministro da Justiça a criar uma comissão de investigação sobre a violência policial em Bergen. Essa comissão, integrada por dois juristas(um deles o Prof. Anders Bratholm, que

¹³² Mollen, 1994.

¹³³ Punch, 2003:174.

¹³⁴ Sobre este caso, ver Mathiesen, 1989; Bratholm, 2005; Høigård, 2009:361.

posteriormente se tornou um especialista no tema da violência policial), analisou os resultados da pesquisa anterior e concluiu que, apesar de algumas narrativas individuais poderem ser exageradas, as conclusões da pesquisa sobre a presença da violência policial na cidade de Bergen era válida. Essa comissão também entrevistou vários policiais que documentaram algumas formas de violência policial e o problema da exigência de lealdade recíproca¹³⁵. Seguiu-se ainda grande controvérsia nacional, tendo os pesquisadores processado os jornais conservadores que os acusaram de serem mentirosos, mas eles acabaram por perder o caso. Em seguida, a associação de policiais acusou a pesquisa de ser uma farsa, pois os nomes das pessoas entrevistadas era mantido no anonimado o que, apesar de ser uma prática corrente na pesquisa social, acabava por impedir a Polícia de defender-se das acusações.

Após esses incidentes, os pesquisadores passaram a sofrer atos de retaliação pelos policiais de Bergen, que vão desde uma submissão intensa a abordagens de trânsito, até o fato de um dos pesquisadores ter localizado uma caixa com maconha colocada por um desconhecido no interior de seu veículo, bem como seguir-se o fato de a Polícia iniciar uma “investigação informal” sobre a vida privada dos pesquisadores, e havia se espalhado um “rumor” de que os pesquisadores estariam envolvidos em atividades de tráfico de drogas na região.

Todavia, a pesquisa continuou e, em 1986, o Prof. Bratholm organizou uma conferência pública na qual expôs cerca de 140 testemunhos identificados de pessoas que relatavam ter sofrido violência policial. Em concomitância com a referida conferência, o Procurador-Geral da Noruega ordenou uma missão sigilosa da Polícia Federal, para que se invadissem as dependências da Polícia na cidade de Bergen, apreendesse-se possíveis provas de violência policial. Seguiu-se uma investigação criminal sobre as supostas acusações, tendo as testemunhas apresentadas pelo Prof. Bratholm ou atenuado sua versão, ou, quando mantido, não apresentado outros dados confirmadores, de sorte que a investigação concluiu que não havia provas suficientes contra quaisquer dos policiais (houve apenas um único caso em relação ao qual houve prova, mas o policial foi posteriormente absolvido em juízo). Os pesquisadores foram objeto de um linchamento social pelos veículos de comunicação (em sua maioria conservadores) e pela associação de policiais, sendo submetidos a um procedimento de investigação criminal por

¹³⁵ Bratholm, 2005.

“falsas acusações”, tendo um dos pesquisadores (na época um estudante de direito) sido preso por supostamente favorecer um falso testemunho. Ademais, várias das testemunhas narram terem sofrido atos de retaliação pelos policiais e cerca de 40 foram indiciadas por falso testemunho, sendo sete pessoas condenadas por terem afirmado que foram vítimas de violência policial. Duas rádios locais que posicionaram-se de forma crítica em relação à posição da Polícia e do procurador local sobre os casos de violência policial passaram a ser investigadas pela Polícia por difamação contra autoridades públicas.

Pesquisadores da Anistia Internacional, com várias décadas de ativismo na área de direitos humanos, foram solicitados para pesquisar o caso e também sofreram severas críticas públicas de autoridades locais e chegaram a ser investigados por participar em um suposto esquema de fraudes de depoimentos. Seguiu-se uma batalha judicial entre os líderes da Associação dos Policiais de Bergen, que processaram o Prof. Bratholm por difamação de instituições públicas e do referido professor contra os líderes por difamação, e que chegaram inclusive ao TEDH, tendo a Corte de Estrasburgo concluído que as condutas estavam cobertas pela liberdade de expressão e não havia crimes¹³⁶. A partir das provas produzidas nas ações de indenização, formulou-se um pedido de revisão criminal dos sete condenados por falso testemunho contra a Polícia e que, apesar de rejeitado pela Corte de Bergen, foi deferido pela Suprema Corte da Noruega, recebendo os acusados indenizações pelos prejuízos sofridos. Também os pesquisadores Nordhus e Vogt ajuizaram ação de indenização contra o Estado pelo tratamento que sua pesquisa recebeu do Estado e pelas retaliações sofridas, tendo recebido indenização e uma nota pública do Ministro da Justiça elogiando sua abnegação em conduzir o caso e reafirmando a necessidade de controlar o fenômeno da violência policial em Bergen¹³⁷.

Segundo Bratholm, as explicações para esse problema na Noruega estariam na tendência de auto-proteção da instituição policial, na íntima relação entre a Promotoria e a Polícia (em Bergen, usualmente os promotores era recrutados entre os dirigentes da Polícia, e portanto ainda mantinham laços de lealdade com a instituição). O papel da imprensa em apoiar

¹³⁶ TEDH, *Nilsen e Johnsen v. Noruega* (1999).

¹³⁷ Bratholm, 2005.

incondicionalmente a Polícia seria explicado pela necessidade que a imprensa possui de ter boas ligações com a Polícia para receber suas notícias criminais¹³⁸.

Na sequência, em 1988, uma diligência policial em Oslo, relativa à prisão de um manifestante em um restaurante frequentado pela elite local, realizada com o uso de cães e equipamentos de operações especiais, acabou com a lesão de várias pessoas comuns que estavam no local e teve um sério efeito sobre a discussão do tema da violência policial na Noruega¹³⁹.

Todos esses exemplos citados poderiam ser explicados na lógica das maçãs podres: via de regra, se tratam de policiais isolados que se engajam em um padrão de conduta desviante. Mas a verdadeira resposta ao porque esses policiais conseguem manter esse padrão de conduta desviante por tanto tempo, sem serem denunciados por seus colegas de trabalho nem serem identificados tempestivamente pelos órgãos internos de controle, coloca uma série de outros problemas de ordem organizacional. Estudos demonstram que a cultura organizacional de um Departamento de Polícia pode favorecer em grande medida o desenvolvimento desses padrões desviantes de comportamento, na medida em que institucionalmente tolera e não os sanciona.

1.4 Criminologia do desvio policial

O problema da arbitrariedade policial possui duas perspectivas, que denominaremos de aspectos endógenos e exógenos. Na primeira perspectiva, estão em consideração fenômenos inerentes ao exercício organizacional da atividade policial que fomentam que essa área seja uma área propícia à ocorrência de arbitrariedades. Esses fenômenos estão ligados umbilicalmente ao exercício organizacional da atividade policial e os condicionamentos ocupacionais que essa profissão gera aos indivíduos que ocupam tais funções, portanto ligados à sociologia das organizações. Nessa primeira perspectiva, reconhece-se um conjunto de pressões ocupacionais que tendem a levar os profissionais da segurança pública a, eventualmente, afastarem-se das normas legais para praticarem atos de arbitrariedade. Portanto, essa perspectiva pressupõe que há uma pauta normativa legítima e reconhece pressões para que os policiais afastem-se dessa pauta e pratiquem desvios normativos.

¹³⁸ Bratholm, 2005.

¹³⁹ Mathiesen, 1989:285.

Já, na perspectiva exógena, reconhece-se que há um conjunto de pressões sociais para que a própria pauta de atuação policial passe a comportar brechas de exercício arbitrário de poder, em nome de uma pseudo-segurança. Nessa segunda perspectiva, a própria pauta normativa é degenerada para admitir ela mesma espaços de ocorrência de atos de arbitrariedade policial e normalizá-la (normalmente aos olhos daqueles que não sofrem a arbitrariedade). Nessa segunda perspectiva, está em consideração uma sociologia mais ampla, de todas as relações sociais em sua complexidade pós-industrial, ou seja, da sociedade do risco.

Analisaremos na presente seção e na seguinte as questões relacionadas à criminologia do desvio policial (e a classificação desses desvios). Na seção 1.6 analisaremos as questões relacionadas à sociedade do risco e à deriva securitária.

1.4.1 O problema do desvio policial: considerações gerais

O problema do desvio policial é fundado em três características inerentes à atividade policial. Em primeiro lugar, é concedido à Polícia uma gama de poderes de ingerência nos direitos fundamentais dos cidadãos, como o poder de realizar abordagens, de impor uma obrigação a uma pessoa para prestar colaboração, o uso da força para realizar suas diligências, a realização de prisões e até mesmo, em situações excepcionais, de tirar licitamente a vida de uma pessoa. Por outro lado, esses poderes são utilizados para administrar o lado mais problemático da sociedade, lidando muitas vezes com pessoas com pouca educação, fora de controle e que acabaram de cometer um crime, muitas vezes um crime bárbaro. Essa circunstância expõe o trabalho policial a diversas “tentações”: um profissional com um salário não muito elevado é exposto ao contato com criminosos que auferem muitas vezes elevados lucros com o crime, muitas vezes passa a criar relações de cumplicidade em troca da obtenção de informações¹⁴⁰.

Finalmente, o trabalho policial é marcado pela sua “baixa visibilidade”, ou seja, o exercício desses amplos poderes para administrar situações problemáticas é exercido, normalmente, nas ruas, de forma dispersa (quando muito aos pares ou pequenos grupos), fora da supervisão imediata dos superiores, dependendo em grande medida apenas de das afirmações do próprio policial para legitimar sua ação¹⁴¹. Dá-se um grande poder aos baixos extratos da

¹⁴⁰ Prenzler, 2009:20.

¹⁴¹ Bittner, 2003:230.

instituição, ordinariamente sem grande fiscalização pelos superiores, o que acaba por criar amplas oportunidades para exceder os limites legais de violar direitos fundamentais dos cidadãos, seja por um equívoco honesto seja por motivos maliciosos¹⁴². Essas características eventualmente permitem a criação de pautas de ação organizacional representadas como legítimas e paralelas à pautal legal.

Diante desse quadro inerente à atividade policial, Punch sintetiza o problema¹⁴³:

O ponto essencial a se ressaltar é que as organizações policiais não são sempre racionais, estritamente controladas e bem guiadas; a vida dentro dela pode exibir irracionalidade, contradição, paradoxos e até mesmo absurdidades. Tais aspectos podem elevar tanto as oportunidades de desvio quando a probabilidade de que ele não seja percebido e investigado. Tais aspectos favoráveis à corrupção são reforçados por alguns dogmas da cultura ocupacional.

As explicações para o desvio policial são basicamente de duas espécies: psicológicas e sociológicas¹⁴⁴. As primeiras tentam justificar o desvio como uma anomalia específica do indivíduo que está exercendo a função policial, em suas experiências passadas de vida e sua aceitação da violência ou da corrupção. Essa tem sido a teoria mais utilizada pelos Departamentos de Polícia para justificar os casos de abuso de autoridade que vêm à luz: tratam-se de algumas poucas maçãs podres, que devem ser retiradas do barril para restabelecer a sua integridade.

Já as explicações sociológicas parte da premissa de que as estruturas objetivas propiciam o fundamento das percepções subjetivas e condicionam o conjunto de coações estruturais incidentes nas interações entre os atores¹⁴⁵. Elas se subdividem em explicações situacionais e organizacionais. As situações estão relacionadas a eventos concretos que facilitariam a ocorrência do desvio (questões de gênero, raça, fatores sócio-econômicos), mas com limitado potencial de conter o desvio policial como um todo. O aspecto mais relevante para a efetiva explicação do desvio policial tem sido o organizacional, que põe em relevo que não há apenas algumas maçãs podres, mas normalmente o barril também está podre, ou seja, existem padrões de atuação incutidos na cultura profissional que podem favorecer a ocorrência do desvio.

¹⁴² Walker, 2001:8; Punch, 2009:35.

¹⁴³ Punch, 2009:36.

¹⁴⁴ Sobre o tema, ver Armacost, 2004:458; Kappeler *et al.*, 1998:84 *et seq.*

¹⁴⁵ Bourdieu, 2001:71-80; Fischer, 1994; B.A. Machado, 2007:35.

A metáfora do barril podre não significa que todas as maçãs (policiais) que estão no barril (Departamento de Polícia) estão podres, mas que defeitos inerentes ao barril colaboram, muitas vezes decisivamente, para a doença da maçã (o desvio policial)¹⁴⁶.

1.4.2 Subcultura policial

1.4.2.1 Sociologia das organizações

As agressões que os seres humanos praticam uns aos outros cada vez mais ocorrem ou são originadas em organizações. Isso porque uma das características marcantes das sociedades contemporâneas é seu elevado nível de complexidade e sua estruturação em organizações, como respostas coletivas a necessidades específicas que pretendem orientar as ações individuais em favor de resultados comuns. Tais objetivos não são dados objetivamente por normas externas, mas são em grande medida construídos pela organização, numa relação dialética entre metas externas, interesses organizacionais e interesses particulares.

Nesse ponto, a sociologia das organizações distingue entre a organização-resposta e a organização-construção. A primeira representa sua preordenação legal, a instituição como uma resposta a um determinado problema, portando um determinado arsenal de poderes legais que devem orientar as ações individuais de seus integrantes e os objetivos institucionais. Outra coisa é como essa organização realmente irá portar-se no mundo concreto (sua construção concreta), pois “os indivíduos que exercem suas atividades no interior das organizações interpretam determinadas *regras* e ‘criam’ outras para regular suas ações”¹⁴⁷. Surgem assim tensões entre as metas e modos de ação legais e as interpretações dos integrantes da organização dessa pauta normativa a partir de determinados interesses (coletivos ou individuais). Tais conflitos geram esquemas organizatórios não-oficiais que correspondem à organização real, cujos objetivos reais são uma reinterpretação das normas e objetivos oficiais da instituição¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Sobre a metáfora do barril podre como sendo os aspectos organizacionais da atividade policial, ver Armacost, 2004:476; Walker, 2005:3-4; Punch, 2003:173; Kappeler *et al.*, 1998:278.

¹⁴⁷ Machado, 2007:27.

¹⁴⁸ Para uma revisão dos diversos aspectos da sociologia das organizações, ver B.A. Machado, 2007:27-34. Referido trabalho realiza uma análise das tensões entre a construção legal e a construção social (realização prática) do próprio Ministério Público, em suas diversas áreas de atuação, utilizando ferramentas teóricas sobretudo da sociologia francesa.

A participação de um indivíduo em uma organização cria suas referências de interação e molda em grande medida sua visão de mundo, através de um processo de socialização. Ao participar de uma organização, uma pessoa deseja ser aceita pelo grupo. O grupo, por sua vez, possui uma expectativa de comportamentos que devem ser seguidos pelos participantes para que sejam aceitos ou permaneçam no grupo. Essas expectativas são construídas a partir de experiências compartilhadas e valores que emergem como relevantes para a afirmação do grupo, seus objetivos e representações. Ao aderir aos valores e expectativas do grupo, o indivíduo se apresenta como uma pessoa confiável, digna de integrar o grupo. Ao desviar de tais expectativas coletivas, o indivíduo arisca-se a não ser aceito pelo grupo, o que cria uma pressão cultural para que os integrantes das organizações “cumpram seus papéis”, conforme as expectativas. O conceito central dessa perspectiva é que a cultura organizacional estabelece expectativas de papéis e, portanto, quando um indivíduo realiza suas escolhas a partir de circunstâncias concretas ele não age apenas com fundamento em sua racionalidade individual, mas seus comportamentos passam a ser conformados pela moldura das expectativas de papéis organizacionais. Surge, assim, uma racionalidade organizacional que influencia decisivamente muitas das condutas individuais¹⁴⁹. Conforme Truman, os grupos (incluindo os grupos ocupacionais) são “o meio primário, ainda que não exclusivo, pelo qual os indivíduos conhecem, interpretam e reagem na sociedade na qual eles existem”¹⁵⁰.

Um exemplo do poder de condicionamento de ações individuais a partir da expectativa de um grupo sobre o cumprimento de papéis pré-definidos pode ser dada com o clássico experimento sobre a psicologia nas relações dentro de uma prisão realizado na Universidade de Stanford em 1971, conduzido por Philip Zimbardo. Nesse experimento, alunos comuns do *campus* foram escolhidos de forma aleatória, alguns para desempenharem o papel de guardas prisionais e outros para desempenharem o papel de prisioneiros, sendo que os guardas não receberam treinamento específico, apenas foram orientados a manterem a ordem na prisão “simulada”; todos deveriam viver em um ambiente prisional simulado durante um período de duas semanas, todavia após apenas seis dias a experiência teve de ser sumariamente abortada,

¹⁴⁹ De forma geral sobre a conformação organizacional na atividade policial, ver Armacost, 2004:507-514; Huggins *et al.*, 2006:317 *et seq.*; Skolnick e Fyfe, 1993:89 *et seq.* Segundo B.A. Machado, 2007:32, um sistema de ação concreto numa organização “pressupõe a confluência da estratégia de indivíduos orientados a buscar quotas crescentes de poder e a alcançar os objetivos próprios ou do grupo”.

¹⁵⁰ Truman 1971: 21.

pois os guardas começaram a apresentar comportamentos sádicos em relação aos prisioneiros (de humilhação e agressividade) e os prisioneiros começaram a apresentar sinais de depressão e estresse agudo. A análise desse clássico experimento demonstra como pessoas normais podem passar a apresentar comportamentos considerados como socialmente negativos pelo fato de aderirem a papéis e expectativas do grupo, no caso, a influência situacional de um papel de exercício de poder sobre outra pessoa colocada em posição de inferioridade¹⁵¹.

Punch diferencia desvio ocupacional de desvio organizacional. Desvio ocupacional seria a obtenção de vantagens pessoais à custa da instituição. Já o desvio organizacional ocorre quando uma ausência sistêmica de controles e a exigência de determinados resultados criam uma pressão organizacional para que os funcionários violem sistematicamente as regras para atingir os resultados, como expressão de uma estratégia formal ou informal¹⁵². Nessa última perspectiva, haveria a corrupção de valores alegadamente em favor de uma boa causa.

O fenômeno do desvio organizacional já foi diagnosticado em diversos níveis. Ele existe no âmbito dos chamados crimes de colarinho branco, na corrupção pública e também existe no âmbito do desvio policial¹⁵³.

¹⁵¹ Uma análise desse experimento pode ser obtida em Zimbardo, 2007 e em: <<http://www.prisonexp.org/>>. Durante o experimento, os guardas passaram a obrigar os prisioneiros a fazerem exercícios de flexões com os braços como forma de punição, inclusive pisando sobre as costas dos prisioneiros e a obrigar os prisioneiros a lavar privadas; seguiu-se uma rebelião dos prisioneiros, com desacatos aos guardas. Diante da rebelião, os guardas se uniram em solidariedade para usar a força contra os prisioneiros, realizando revistas pessoais com os prisioneiros nus, retirando as camas das celas, colocando o líder da rebelião em uma cela solitária e passando a intimidar os demais prisioneiros. Também ofereceram privilégios aos prisioneiros que não participaram da rebelião, para quebrar a solidariedade entre eles. Com o passar do tempo, os próprios pesquisadores que organizavam o evento passaram a raciocinar como diretores de uma prisão e o nível de assédio moral dos guardas sobre os prisioneiros elevou-se de tal maneira que, após seis dias de experimento, a pesquisa foi cancelada por questões éticas. Mesma assim, a pesquisa revela como um ambiente de exercício de poder para a exigência de conformidade e obediência pode evoluir para a desumanização do submetido à autoridade e ao florescimento da arbitrariedade. Apesar de a pesquisa ser específica do ambiente prisional, a lógica da influência organizacional do exercício da autoridade pode ser transplantada para a atividade policial em geral. Esse experimento foi influenciado pela anterior experimento de Milgram, no qual pessoas normais foram selecionadas para participar de uma experiência (que em verdade era uma encenação), na qual deveria ministrar choques elétricos caso o aluno (um ator) não respondesse de forma correta às perguntas, e que assim documentou que pessoas normais são capazes em larga escala de, a despeito de dúvidas ou hesitações momentâneas, obedecer ordens de infligir sofrimento a outras pessoas quando estão num sistema de autoridade simplesmente cumprindo a sua tarefa, indicando que a banalização do mal é uma construção social: ver Milgram, 1974.

¹⁵² Punch, 2009:34.

¹⁵³ No âmbito dos crimes de colarinho branco, ver o clássico trabalho de Punch, 1996, que indica que o crime praticado no âmbito de organizações vai além do mero aspecto da “tentação ocasional”, mas está enraizado em

1.4.2.2 Aspectos específicos da socialização policial

A ideia de que policiais tendem a ter uma visão comum de sua própria atuação é muito antiga. Todavia, a teorização do esquema da subcultura policial data dos anos 50, quando Westley publicou um relatório de suas entrevistas com policiais, sendo posteriormente publicada em sua tese de doutorado em 1970¹⁵⁴. Em síntese, a chave para compreender a Polícia é vê-la como um grupo social e ocupacional, no pressuposto de que as pessoas em geral tendem a construir parte de sua auto-identidade a partir de seu trabalho¹⁵⁵. A construção dessa auto-identidade começa o processo de socialização inicial do policial, em aprender como ser um policial.

A atividade policial é atípica em relação a outras profissões pois uma pessoa não se forma policial para depois se candidatar a uma vaga em um Departamento de Polícia, ela normalmente é recrutada (no Brasil por concurso público que exigem conhecimentos gerais e

aspectos organizacionais, com a criação de códigos de dualidade (normas e objetivos reais), a pressão por resultados organizacionais (com recompensas organizacionais pelo atingimento desses objetivos), a inexistência de sistemas de controles imediatos diante do tamanho e complexidade da organização, e a criação de uma cultura organizacional que cria ideologias para justificar os atalhos de legalidade na instituição em função do lucro a qualquer custo como “parte do trabalho” (desculpas como: todos fazem, se eu não fizesse outro faria, eu não machuquei ninguém, essas são as regras do jogo, só cumpri ordens, o mercado é uma selva, isso é uma guerra e temos que vencer). Nessa perspectiva, Punch, 1996:224, argumenta que muitas vezes as organizações empresariais se aproximam de instituições totalitárias, na forma de conformar a racionalidade de seus integrantes. Analisando diversas formas de delinquência organizacional, v. Ermann e Lundman, 1996. A sociologia das organizações pode ser aplicada a outros campos, como, por exemplo, a análise sociológica do funcionamento dos Tribunais; ver, v.g., B.S. Santos, 2005:161-185. Especificamente para o aspecto organizacional do desvio policial, v. Westley, 1970; Chan, 1997:65-93; Kappeler *et al.*, 1998; Klockars *et al.*, 2006; Reiner, 2004:131-160; Punch, 2009:1-52; Prenzler, 2009; Geller e Toch, 1996; Palmiotto, 2001; Alpert e Dunham, 2004; Dunham e Alpert, 2010; Chevigny, 1995; Walker, 2001 e 2005; Jobard, 2002; Ratton e Barros, 2007.

¹⁵⁴ Westley, 1953 e 1970. Em seu primeiro livro, já indicava Westley (1953:34): “Um estudo de caso de uma força policial municipal dos EUA sugere que o uso ilegal da violência por policiais é uma consequência de sua experiência ocupacional e que o grupo de colegas policiais aprova tal uso. O policial vê o uso da violência como moralmente aceitável e legitima-o em termos de dar preferência ao alcance das finalidades estabelecidas pelo grupo de colegas do que as finalidades legais. Eles vêem o alcance dessas finalidades do grupo de colegas como um fator de legitimação da violência que é igual ou superior à legitimação derivada da lei. Eles percebem a violência como uma propriedade pessoal a ser usada mediante discricionariedade”.

¹⁵⁵ O conceito de compreensão interpretativa a partir das experiências de grupos ocupacionais foi referida por Weber, 1991. Também construindo a explicação da subcultura policial no âmbito ocupacional, em torno do qual se desenvolve sua existência social e suas representações da vida em sociedade, ver Westley, 1953:41; Prenzler, 2009:20 *et seq*; Crank, 1998; Kappeler *et al.*, 1998. Na França, v. Portelli, 1985; Jobard, 2002; Monjardet, 2003. Chan, 1997:225, parte de conceitos de Bourdieu, para afirmar que “a prática policial deve ser entendida em termos de interações entre condições estruturais específicas do trabalho policial (o campo) e o conhecimento cultural acumulado por policiais que integra experiências passadas (habitus)”. Em sentido semelhante, preferido a expressão “habitus”, v. Hagen, 2006:57. Em Portugal, indicando aspectos de isolamento da subcultura policial dos valores da sociedade, com uma tendência de criar-se situações de confronto indesejável entre a racionalidade policial e a população, ver G.M. Silva, 2001:83. Para uma referência de alguns estudos nessa linha, no Brasil, ver

eventualmente alguns conhecimentos de direito penal) e a pessoa aprende a ser um policial já dentro da instituição policial. Apesar de ordinariamente haver um curso de formação inicial, a grande maioria do aprendizado policial é obtida apenas pela prática diária da atividade policial, o que acaba por forjar uma visão prática de sua atuação, partilhada entre os policiais por experiências comuns¹⁵⁶. O caráter usualmente lacunoso da disciplina normativa da atuação policial, conferindo-lhe grandes espaços de discricionariedade, permite a construção de regras operacionais que dão sentido prático ao trabalho policial, usualmente sancionando o uso da força como ferramenta de trabalho legítima¹⁵⁷. Dessas visões comuns surge uma identidade ocupacional partilhada.

A interiorização da subcultura policial inicia-se com o recrutamento dos novos policiais; durante sua formação, eles são ensinados pelos policiais antigos a agir à maneira antiga, e assim serem socialmente aceitos na nova organização. Ainda que recebam na Academia de Polícia um treinamento formal e legalista, ao chegarem à atuação de rua os novatos são confrontados com os colegas mais antigos e com uma realidade dramática, que, segundo Armacost, tende a afirmar para que esqueçam o que aprenderam na academia pois agora irão aprender como é a vida de verdade nas ruas¹⁵⁸. O aspecto predominantemente prático da atividade policial facilita que o novato aceite com relativa naturalidade os procedimentos padrão que lhe são ensinados na rua como os métodos ordinários de trabalho. Esses métodos podem ter tanto um professor informal (normalmente um policial mais antigo), a tradição oral, a experiência pessoal a longo prazo, e ou ainda a submissão a ambientes emergenciais que demandam aprendizado imediato de ações policiais¹⁵⁹. Com o passar do tempo, “um policial tende a pensar como outros policiais”¹⁶⁰.

Essas experiências comuns que são partilhadas pelos policiais, e que induzem grande parte dos valores da subcultura policial, podem ser sintetizadas nas seguintes: valorização da manutenção da autoridade, risco à integridade física iminente, valorização da eficiência como

Suárez e Bandeira, 2001:219. Indicando como fatores de formação profissional educacional também favorecem a formação de uma cultura policial, ver Ambos, 2009:307-312.

¹⁵⁶ Walker e Katz, 2008:371; Chappell *et al.*, 2010:64; Reiner, 2004:153; Crank, 1998; Portelli, 1985.

¹⁵⁷ Paixão *et al.*, 1992:79.

¹⁵⁸ Armacost, 2004:514; Prenzler, 2009:25.

¹⁵⁹ Huggins *et al.*, 2006:319 *et seq.*

¹⁶⁰ Sklansky, 2007:1.

um ganho institucional e omissão continuada de supervisão. Analisemos cada um desses aspectos.

1.4.2.3 Valorização da manutenção da autoridade

Estudos da década de 60 reconheceram que em uma profissão onde o uso da autoridade é constante, desenvolve-se uma “preocupação com a manutenção do auto-respeito, a comprovação de sua masculinidade, ‘não admitir desacatos’, não ser enganado”¹⁶¹.

Essa preocupação com a manutenção da autoridade está ligada a características relativamente constantes da atividade policial, como imprevisibilidade, risco à sua integridade física, alto risco de não-êxito nas ações, de ser vítima de desrespeito pelos cidadãos e ou eventualmente exceder-se no uso da força.

A atividade policial possui a ambiguidade de ter de exercer a força contra o público a quem serve: os policiais recebem diariamente a agressividade daqueles que violam a lei e estão autorizados a usar da força para fazer o restabelecimento da ordem. Ao exercerem essa atividade, os policiais potencialmente se colocam em conflito com o público, o que, induz a que haja uma solidariedade interna como forma de defesa contra os eventuais inimigos externos. Cria-se uma compreensão de que apenas os policiais compreendem a gravidade e o risco de seu trabalho, que o público não compreende a necessidade de utilizar a força ou de usar pequenos “atalhos” para assegurar a eficiência de seu trabalho, favorecendo uma racionalidade diferenciada. Segundo Reiner, cria-se uma cultura laboral na qual se reconhece que a atividade

¹⁶¹ Sobre a influência do machismo e da manutenção da autoridade na cultura policial: Westley, 1953: 39; Wilson, 1968; Skolnick, 1975; Reiss Jr., 1971; Walker, 2001:8; Crank, 1997: cap. 14; Reiner, 2004:148; Monet, 2006:155; Bittner, 2003:197; Zaffaroni, 1991:137-141; Hagen, 2006:253. Sobre a influência da cultura machista nos policiais que praticaram atos de tortura durante a ditadura militar brasileira, ver Huggins *et al.*, 2006:167. Para uma explicação mais ampla sobre a relação entre a cultura sexista da “virilidade” e violência policial, ver Bourdieu, 2002:74-78. Esses aspectos estão ligados à própria função de dominação e uso da força, que é tipicamente masculina, manifestando-se no incentivo à bravura e coragem como licença para submeter-se a situações de risco e na inadmissibilidade de ser equiparado a “fraco” ou “frouxo”, características opostas à “virilidade”, e perder o apoio do grupo. Mas também se manifesta na tolerância cultural do abuso do álcool, em brincadeiras licenciosas, relações heterossexuais intensas (eventualmente até no horário de patrulhamento), e na legitimação da força para reger os conflitos. Sobre os desvios sexuais praticados por policiais, v. Barker e Carter , 1994:187-200.

policial é um trabalho difícil e arriscado, e que manter a autoridade é um dos valores preponderantes nessa profissão¹⁶².

Especialmente quando policiais trabalham por um longo período em áreas submetidas a uma intensa criminalidade, com elevado índice de confronto físico e risco às suas vidas, os policiais começam a identificar os criminosos com a própria comunidade à qual eles deveriam servir, passando a generalizar a noção de que todos os que moram naquela área são potenciais suspeitos de crimes, por pertencerem ao ambiente hostil¹⁶³.

Segundo conclusão da Comissão Mollen, a corrupção e a violência policial tendem a proliferar em ambientes mais extremos como essas das áreas com elevado nível de criminalidade¹⁶⁴. Nessas situações, há uma tendência de normalizar o uso da violência, reconhecendo que algumas “batidas” ou uns “tapinhas” são essenciais ao exercício da força policial¹⁶⁵. O fato agrava-se, pois, nessas áreas, normalmente, moram pessoas com maior nível de exclusão social, portanto com menor nível de informação sobre seus direitos e mesmo com menor familiaridade de relacionamento cordial com autoridades, o que faz com que “a Polícia acredite que certos grupos sociais irão atender suas ordens apenas através do medo e do tratamento rude”¹⁶⁶. Essa representação normaliza a brutalidade como um padrão de interação social, que tende a acirrar as relações com a comunidade, criando um ciclo negativo de desrespeitos recíprocos entre cidadão e policial nas áreas conturbadas de criminalidade.

Ao se submeterem a tais riscos imprevisíveis, cria-se um forte laço de interdependência recíproca que reforça atitudes de solidariedade, não apenas durante as atividades de trabalho, mas também com um círculo social nas horas de repouso, com o qual se conta nos momentos de crise¹⁶⁷. Tal solidariedade (especialmente nas áreas de forte índice de criminalidade) induz ao isolamento da comunidade em geral e à criação de um sentido coletivo

¹⁶² Reiner, 2004:135.

¹⁶³ Suárez e Bandeira, 2001:221-229; Holmes e Smith, 2008:34.

¹⁶⁴ Mollen, 1994:52.

¹⁶⁵ Afirmações de alguns policiais à comissão Christopher, 1991:166. Referido estudo também constatou que a Corregedoria do LAPD tratava com mais leniência os casos de violência policial do que os casos de corrupção ou outras violações que poderiam efetivamente comprometer a imagem da corporação. Também comentando a tendência de recrudescimento da atuação policial em áreas críticas de criminalidade, ver Skolnick e Fyfe, 1993:4-6.

¹⁶⁶ Westley, 1953:40; Becker, 1971:148.

¹⁶⁷ Mollen, 1994:52.

de superioridade (*status* diferenciado), colocando o policial como um pária social (auto-identidade de alteridade)¹⁶⁸. Quando o policial trabalha em um ambiente especialmente violento, fortalece-se uma mentalidade de “nós versus eles”, favorecendo-se o afastamento da Polícia da comunidade local. Essa alteridade, por sua vez, reforça a constante necessidade de utilizar-se da força para assegurar a autoridade, em situações nas quais talvez não fosse exatamente necessário e proporcional utilizar-se da força, reforçando o ciclo vicioso de resistência social à atuação policial¹⁶⁹.

Como não é possível sobreviver aos riscos inerentes de seu trabalho arriscado sem esse apoio recíproco, os laços de solidariedade são fortalecidos de forma a assumirem um lugar central na ética do policial. Além do laço de solidariedade, difunde-se a mentalidade de que ninguém fora da Polícia irá realmente compreender a realidade do trabalho policial¹⁷⁰. Assim, o isolamento propicia o desenvolvimento de uma racionalidade diferenciada, com valores próprios que são transmitidos aos mais novos através de seu processo de socialização interna. Não é infrequente que esse código de normas alternativo da subcultura policial entre em choque com as

¹⁶⁸ A Comissão Mollen, 1994:58, para investigação de escândalos de corrupção no NYPD, identificou essa mentalidade “nós vs. eles” da seguinte forma: “Muitos policiais vêem o público como uma fonte de problemas mais que como as pessoas que eles juraram servir. Especialmente nas áreas dominadas pelo crime, policiais por vezes vêem o público como seu ‘inimigo’”. Esse sentimento de alteridade também foi detectado na Comissão Chistopher, 1991:98, para o LAPD. De forma mais genérica, ver Skolnick e Fyfe, 1993:106; Armacost, 2004:517; Bittner, 2003:289; Reiner, 2004:140; Crank, 1998: cap. 12. Ressaltamos uma afirmação de um policial português que parece indicar esse paradoxo de a Polícia ver-se muitas vezes em luta contra o público: “Missão difícil de conciliar, mas que tem sido ‘duro de roer num verdadeiro braço de ferro’ com a sociedade” (Rosa, 2000:8, referindo-se à necessidade de conciliar direitos fundamentais dos cidadãos com a eficiência policial). Em pesquisa realizada por Sadek e Arantes, 2003, quando Delegados de Polícia de 9 Estados brasileiros foram confrontados com a afirmação “a política de direitos humanos tem beneficiado os criminosos”, 41,8% dos entrevistados concordaram totalmente, e 38,4% concordaram parcialmente, indicando um percentual extremamente elevado de 80% de Delegados de Polícia com restrições à política de direitos humanos. Segundo Zaffaroni, 1991:139, na América Latina, policiais estão submetidos a uma situação de anomia, pois emergem das classes baixas, mas passam a ser hostilizados por essas e também não são aceitos na classe média, de forma que precisam reorganizar sua identidade em torno da comunidade policial.

¹⁶⁹ Kappeler *et al.*, 1998:89. Pesquisa de J. Maia, 2003, indica que policiais tendem a ver os cidadãos como possíveis desonestos, ainda que passivos, e que as outras pessoas tendem a ver os policiais como desonestos ativos. Indicando que essa alteridade da Polícia em relação à comunidade decorre muitas vezes de a Polícia não se aproximar da comunidade, passando a impor uma ordem que não é percebida como legítima, e induzindo respostas de questionamento constante da autoridade policial, ver Muniz e Proença Jr., 2007a:244. Esse questionamento constante da autoridade policial aumenta o tempo de atendimento de cada ocorrência, induzindo a novas ineficiências, diante da maior dificuldade de atender às outras ocorrências. Indicando várias pesquisas de opinião com representações não muito positivas da atividade policial na Europa: Monet, 2006:277 *et seq.*

¹⁷⁰ Armacost, 2004:517.

disposições legais, como a admissão de uso excessivo de força contra suspeitos, classificando como deslealdade o ato de testemunhar quanto à falta de um colega¹⁷¹.

Um dos valores centrais da cultura policial é a manutenção da autoridade. Em áreas socialmente degradadas, questionar a autoridade é representado como colocar-se numa posição de possível agressão, é tornar-se uma possível fonte de perigo ao policial, e esse perigo pode ser letal. Assim, o questionamento da autoridade é visto como ofensa grave aos valores da cultura policial.

Assim, a resposta imediata do policial a um desacato costuma ser vista na cultura policial como ato justificado. Se um cidadão xinga um policial em público, aquele ato é visto como um descrédito da autoridade daquele policial e de todos os demais. O policial trabalha com a lógica da aplicação imediata da lei, e, em muitos círculos policiais, acaba-se por justificar um restabelecimento imediato da autoridade do policial, normalmente mediante a aplicação de algum tipo de agressão física em retorsão imediata ao desacato¹⁷². A agressão é representada na cultura policial como um método de inculcar da obediência, relembrando ao abordado que está se relacionando com uma autoridade e a tolerância pelos demais colegas da legitimidade desse método paralegal de afirmação da autoridade acaba por normalizá-lo, tornando-o um fato moral normal (na perspectiva de Durkheim, como uma “regra de conduta vinculada a uma sanção generalizada”)¹⁷³. Ou seja, passa-se a representar que é justo que um policial reaja com violência diante de um desacato. Segundo Alpert e Dunham, o uso excessivo da força nesses encontros assume a função de “ritual de manutenção da autoridade”¹⁷⁴.

¹⁷¹ Westley 1953:35; Sklansky, 2007:4.

¹⁷² Westley, 1953:39.

¹⁷³ Durkheim, prefácio à primeira edição de “A divisão do trabalho social” (Durkheim, 1995). Em pesquisas com a Polícia francesa, também destacando o uso da violência como instrumento de restabelecimento da autoridade após uma indevida contestação, como a “técnica menos custosa” de reafirmar a relação de poder assimétrico implícita no relacionamento entre o policial e uma pessoa do baixo estrato social: Jobard, 2002:61. Conferir trecho de Jobard: “A estabilização de acordos, produto da frequência de encontros, cria mecanismos de antecipação cruzados de comportamentos, que parecem se desenvolver de acordo com regras preestabelecidas. O ciclo de provocação é um exemplo excelente, onde a familiaridade das relações recíprocas permite vários tipos de testes cruzados de posição: o delinquente afirma, pela sua provocação, que sua existência naquele local não está inteiramente subordinada ao policial; o policial afirma, pelo uso da força, que está reparando a ofensa ou ‘colocando a outra pessoa no seu lugar’, ou seja, está relembrando-o que ele pertence [e está submetido] à arena policial”, Jobard, 2002:42. Curiosamente, em muitas situações o uso da violência ilegal pela Polícia acaba sendo implicitamente reconhecido como legítimo pela clientela da Polícia (muitas vezes um delinquente representa como normal receber uma agressão após ter praticado um desacato: Jobard, 2002:44).

¹⁷⁴ Alpert e Dunham, 2004:170.

O motivo da normalização dessa reação são vários. Por um lado, o procedimento legal de atuação diante de um desacato (autuação em flagrante, condução à Delegacia de Polícia, liberação mediante termo de compromisso e posterior audiência judicial para responsabilização) é visto como custoso para o policial. Esse procedimento lhe demandará preenchimento de relatórios, perda de tempo em Delegacias de Polícia e ainda o risco de eventualmente não ser aplicada qualquer sanção ao infrator, diante do incumprimento de formalidades legais (como não arrolar testemunhas do povo). Ademais, a autuação em flagrante formaliza a abordagem policial, podendo revelar algum eventual abuso de autoridade. Finalmente, esse procedimento não transmite a ideia de um efetivo restabelecimento imediato da ordem pública, e a imediatidade é um valor imanente na atividade policial, ou seja, a Polícia é condicionada a fazer algo agora para restabelecer a ordem (o que fomenta uma racionalidade de justiça imediata)¹⁷⁵.

Por outro lado, receber um desafio à autoridade na presença de outros colegas ou do público em geral e não reagir à altura normalmente acaba por ser representado na cultura policial como uma posição de covardia, que ensejará posteriormente recriminações pelos outros colegas de trabalho, na forma gracejos depreciativos que diminuirão o valor simbólico daquele policial. Uma espécie de *bullying* ocupacional, que acaba criando uma pressão cultural para que o policial responda à altura do desafio à sua autoridade.

Segundo Armacost¹⁷⁶, a representação pela intolerância ao desafio à autoridade é especialmente acentuada nas instituições militares e policiais, pois tais agentes são inculcados desde seu ingresso na organização quanto à importância do respeito à autoridade superior. Portanto, o desafio à autoridade policial tende a ser representado como uma violação extremamente grave aos valores organizacionais. Tendem a ser representados como atos de desrespeito os atos de ausência de submissão imediata (aí incluído o excesso de questionamentos), linguagem chula ou diálogo agressivo.

¹⁷⁵ Sobre a ausência de tempo para reflexão na ação policial: Bittner, 2003:100-102. Documentando casos de justiça policial imediata no Brasil: Hagen, 2006:250.

¹⁷⁶ Armacost, 2004:517.

1.4.2.4 Risco iminente e antecipação da violência como padrão de interação policial

Em outras situações, a violência é aplicada apenas como uma afirmação pura de poder, da afirmação identidade policial em um determinado contexto. Segundo conclusão da comissão Mollen, em algumas situações a realização de atos de violência pura e sem outras finalidades acabava funcionando como um mecanismo de afirmação da autoridade da Polícia em áreas com elevados níveis de criminalidade¹⁷⁷. Nessas situações, o nível de risco a que o policial está constantemente submetido acaba forçando-o à uma lógica defensiva para imposição de sua autoridade¹⁷⁸. Assim, antes que o abordado, usualmente visto como um possível criminoso perigoso, reaja com reações de agressão, o policial antecipa-se com uma abordagem truculenta em resposta a pequenos atos de possível questionamento da autoridade, de forma a afirmar antecipadamente que naquela circunstância a autoridade é ele e intimidar possíveis atos de agressão ou questionamento da autoridade.

O uso da violência é particularmente normalizado no relacionamento com pessoas submetidas a um estado de “anomia social”¹⁷⁹. Nessas situações, indivíduos excluídos da vida social “normal”, sem os estigmas tradicionais de uma “pessoa de bem” (pessoas desprovida de uma rede social de apoio, normalmente moradores de rua desprovidos da proteção de um espaço privado e submetidos a círculos de relacionamento incertos e perigosos na rua, ou pessoas

¹⁷⁷ Mollen, 1994:48. Em sentido semelhante, Bayley, 2006:146-153, argumenta que o nível de coercitividade na atuação policial está diretamente relacionado ao distanciamento social na comunidade policiada: em comunidades “integradas”, ou seja, com relações próximas de integração interpessoal marcadas pela confiança recíproca, há uma menor probabilidade de ser necessário recorrer ao uso da força, havendo mais atuação mediadora da Polícia; já em comunidades “desintegradas”, há maior probabilidade de a Polícia ser chamada para aplicar “friamente” a lei, portanto, ter uma atuação mais repressiva. Em verdade, uma atuação continuada em áreas socialmente degradadas usualmente induz um estado de estresse constante, que muitas vezes gera um *burnout* do policial: pesquisa documentou que 37% dos policiais militares do Estado do Rio de Janeiro apresentam estado de sofrimento psíquico em razão do risco constante de sua função (Mynaio *et al.*, 2008). Sobre o *stress* policial, ver ainda Cox, 1996:170 *et seq.*

¹⁷⁸ Reiner, 2004:135; Crank, 1998: cap. 7-11; Barker e Carter, 1994:185 *et seq.*; Burns e Crawford, 2002:25-51. Há que se registrar que a maioria dos policiais não está submetida a uma rotina de uso constante da força, muitos estão em funções burocráticas que não exigem o uso da força, mas esse ethos ocupacional da violência iminente é central na atividade policial. Ainda quando o policial está em atividades de rua em que não usa rotineiramente a violência, é o potencial de uso da força que gera essa tensão ocupacional; ver Mouhanna, 2011:10; Cox, 1996:166; Soeiro e Bettencourt, 2003:154. Alpert e Dunham, 2004:170, falam do uso excessivo da força como um “ritual de manutenção da autoridade”.

¹⁷⁹ O conceito de anomia foi desenvolvido por Durkheim em sua obra *O suicídio* (Durkheim, 2000), como um estado de falta de objetivos e perda de identidade com os valores do grupo social. Já para Merton, 1970:203-270, em seu estudo sobre a “estrutura social e anomia”, a anomia significaria uma incapacidade para atingir fins culturais diante da insuficiência de meios para alcançá-los, o que geraria pressão cultural para o desvio.

já etiquetadas como integrantes de círculos de criminalidade), são visualizados como possíveis “problemas sociais”.

Nesses casos de reiterados encontros com pessoas socialmente “problemáticas”, a Polícia cria mecanismos de antecipação das possíveis reações: uma espécie de “legítima defesa preventiva da autoridade”. A prática é especialmente favorecida pela representação de um baixo capital simbólico da pessoa abordada, de sorte que eventuais queixas seriam minoradas pela pequena credibilidade do reclamante, decorrente de seus antecedentes criminais, de sua representação como não sendo um cidadão de bem, e de sua inclusão fora do círculo de cidadania. O relacionamento do policial com as pessoas em áreas socialmente deterioradas tende a pautar-se pela relação de superioridade hierárquica do policial em relação ao cidadão, numa realidade de poder potencial, que normaliza o uso da violência contra tais excluídos como a técnica menos custosa de controle. A normalização dessa prática pode gerar o uso da violência como instrumento ordinário de afirmação da relação de poder nas áreas de anomia social acaba tornando tais pessoas especialmente vulneráveis a serem vítimas de atos de agressividade por policiais¹⁸⁰. Esse uso da violência como padrão ordinário de interação nas áreas socialmente degradadas é visto como uma forma de assegurar a eficiência das abordagens, especialmente assegurar uma intimidação implícita, representada como necessária à obtenção de informações sobre possíveis crimes na área, bem como para assegurar o respeito às ordens dadas pelos policiais¹⁸¹. Eventualmente esse padrão violento de interação policial assume feições meramente lúdicas, como uma estratégia de aliviar o estresse laboral¹⁸².

¹⁸⁰ Destacando a vulnerabilidade dos indivíduos com anomia social à violência policial: Jobard, 2002:31. Ele fala de uma “equação vitimizante”, enquanto um “espaço de probabilidade de ocorrência de violência policial” (Jobard, 2002:109), em área que constituem verdadeiras “zonas de não-direito”. Afirma ainda: “essas zonas são simplesmente territórios onde se encontram policiais e população inclinada à violência, e na qual a paz pública é garantida por relações fortemente interpessoais, que repousam numa forte probabilidade, partilhada pelos dois lados, de arbitrariedade e de recurso à violência. A violência se torna uma forma de relacionamento mais provável que em outros espaços, inscrita num repertório de relações humanas muito pouco codificado pelo direito” (Jobard, 2002:215).

¹⁸¹ Westley, 1953:39, narra a situação de possível perseguição policial, na qual um policial provoca cidadão até que este venha desrespeitar o policial, momento a partir do qual o policial poderia dar um “safanão” no cidadão e ameaçar prendê-lo por desacato. Jobard, 2002:48, afirma que esse contexto de violência seria uma forma de relembrar o cidadão de que ele está na “arena policial”, uma área sujeita às relações de poder da polícia.

¹⁸² Em situações mais extremas, Jobard, 2002:49, fala de uma violência lúdica, realizada pelo mero prazer de afirmar a autoridade. Em sentido semelhante, Bittner, 2003:194, indica casos de policiais que tem prazer no exercício arbitrário do poder, usualmente em áreas desestruturadas. Documentando tal fenômeno, especificamente sobre a PM/RJ, ver Minayo *et al.*, 2008. Esses fenômenos de violência lúdica podem ser explicados à luz da psicodinâmica do trabalho (sobre o tema, ver Dejours, 1994:15), como uma estratégia construída pelo trabalhador

Outro fator de encorajamento cultural da prática da violência é a forma como os policiais vêm e se relacionam com o público. Em algumas situações, policiais são culturalmente condicionados a tratarem o público de forma hostil e depreciativa, o que contribui para diminuir o valor do cidadão submetido à abordagem policial e, portanto, favorecer a ocorrência de incidentes desnecessários (ou abusivos) de uso da força¹⁸³. Pesquisa realizada pela Comissão Christopher, no LAPD, detectou um elevado nível de linguagem chula e depreciativa nas comunicações via rádio entre os policiais (comunicação que não está aberta ao público, mas está submetida ao escrutínio do setor de comunicação do LAPD)¹⁸⁴. Muitas vezes esse padrão depreciativo deriva de uma divisão binária da sociedade em “cidadãos de bem” e “bandidos”, tendendo a equiparar a bandidos os integrantes das “classes perigosas”, normalmente integrantes das classes mais baixas, um problema especialmente sensível diante das desigualdades sociais brasileiras (de uma sociedade que não quer direitos, mas privilégios)¹⁸⁵. A falha em diagnosticar esse padrão depreciativo de tratamento do público acaba sendo um fator organizacional de favorecimento do desvio, já que a despersonalização da vítima (ou mesmo sua demonização) é um dos fatores que favorecem o desenvolvimento de padrões violentos de interação policial¹⁸⁶.

Outros incidentes também são representados na cultura policial como uma ofensa à autoridade. Por exemplo, uma tentativa de fuga diante da ordem de um policial também é ordinariamente representada como um atentado grave à autoridade do policial, também uma forma de desrespeito que merece “tolerância zero”, havendo maior propensão de incidentes de agressão após uma perseguição a pé de pessoa suspeita¹⁸⁷.

Jobard fala de uma dualidade de comportamentos policiais conforme se trate de um espaço público ou da arena policial: no primeiro haveria o Estado de Direito e o policial sabe reconhecer que deve ser educado para lograr suas composições; no segundo, haveria um estado de anomia decorrente da degradação das relações sociais, nas áreas de elevada criminalidade, e o

(o policial) para neutralizar os fatores de sofrimento no trabalho (o risco profissional, os constantes desacatos, e a sensação de impotência diante do crime), tornando-se a violência policial lúdica um novo fator de prazer no trabalho, obviamente contrária às prescrições legais e éticas.

¹⁸³ Na expressão de um policial entrevistado, em Paixão *et al.*, 1992:81, “casa de marginal não é lar, é mocó”.

¹⁸⁴ Christopher, 1991:73.

¹⁸⁵ Lemgruber *et al.*, 2003:55; R.K. Lima, 1995.

¹⁸⁶ Reiner, 2004:143; Barker e Carter, 1994:223-246.

¹⁸⁷ Walker, 2005:153.

policial passaria a desenvolver uma racionalidade de normalização da violência como instrumento de trabalho inevitável¹⁸⁸.

1.4.2.5 Eficiência como valor institucional

Segundo Westley, o uso da violência pela Polícia tende a ser expandido em duas situações: para justificar a eficiência de suas ações e para assegurar que o respeito à sua autoridade seja assegurado. Ambas estão ligadas à valorização da profissão, já que a eficiência das ações também é vista como uma forma de obtenção de prestígio dentro e fora da instituição, de forma que o uso diário da força pelo policial acaba por dar-lhe uma nova compreensão interpretativa de sua experiência profissional quanto ao uso da força e sua legitimidade¹⁸⁹.

Uma das características mais marcantes do Estado é o monopólio do uso legítimo da força e a Polícia é a expressão mais tangível dessa faceta do Estado. O uso da força pela Polícia não é apenas uma possibilidade, mas é na maioria das situações uma necessidade para o atingimento de suas finalidades diante de resistências. Assim, constrói-se no *ethos* policial a justificação do uso da força como uma prerrogativa profissional. O treinamento prático dos policiais consiste na educação para um uso eficiente e legítimo da força. Assim, o policial tende a construir em seu *ethos* ocupacional a representação de que o uso da força é, em geral, algo bom, útil, é uma prerrogativa inerente à sua atividade¹⁹⁰.

Considerando que a Polícia exerce ordinariamente o uso da força, normalmente de forma legal, com resultados eventualmente lesivos para o cidadão abordado (uma resistência à prisão seguida de imobilização, uma abordagem contra a vontade do sujeito, um arrombamento em busca domiciliar diante da recalcitrância do morador *etc.*), tais resultados lesivos tendem a serem justificados como “consequências naturais do serviço”. Em longo prazo, há uma normalização do uso da força, criando-se a representação de que a força é uma ferramenta útil para o trabalho policial e que, portanto, deve ser utilizada sempre que se mostrar necessária ao

¹⁸⁸ Jobard, 2002:64-65. Em sentido semelhante: Reiner, 2004:143.

¹⁸⁹ Westley, 1953:41; Skolnick, 1975:110. Em sentido semelhante, sobre a dupla função da normalização da violência policial, para assegurar o respeito à autoridade e para assegurar sua eficiência: Jobard, 2002:66.

¹⁹⁰ Crank, 1998: cap. 5.

alcance dos objetivos organizacionais¹⁹¹. Há um dilema ético entre ter que usar ordinariamente a força para o exercício de sua função e conviver com a excepcionalidade dessa prerrogativa, sendo que a ausência de controles estritos permiti uma normalização do uso da força, que eventualmente leva à sua banalização, em situações mais extremas até em converter o uso da força em um aspecto hedonista no trabalho (o prazer de ser arbitrário)¹⁹².

Ainda que a lei estabeleça as balizas legais dentro das quais a força pode ser legalmente utilizada, a vivência prática de um policial nas ruas acaba por confrontá-lo com uma série de situações nem sempre previstas nos manuais, de sorte que o exercício profissional tende a expandir as possibilidades de uso legítimo da força. Representa-se que há um problema e a Polícia deve resolvê-lo agora, e ainda que haja resistências a Polícia deve superá-las com o uso da força, o que acaba elevando o valor da eficiência como um valor central na atuação policial¹⁹³.

A teoria da subcultura policial associa o raciocínio policial com o seu sucesso em termos de eficiência da atuação. Em geral, os policiais se vêem como *the thin blue line* (a fina camada protetora azul) que separa a ordem da desordem¹⁹⁴. Normalmente ela está associada à visão da realidade das ruas como uma barbárie e a Polícia como último reduto de solução dos problemas, o verdadeiro salvador apocalíptico contra a criminalidade¹⁹⁵. Isso significa que, em regra, um policial tende a procurar a eficiência de seu trabalho, e, portanto, tende a ver as garantias concedidas ao suspeito do crime como um empecilho à sua eficiência¹⁹⁶. Quanto maior for a representação de importância do sucesso da diligência pelo grupo policial, maior será a

¹⁹¹ É ilustrativo desse fato uma recente investigação da Polícia Federal em relação a um grupo de extermínio formado por policiais militares da PM/GO, na qual se obteve interceptações telefônicas (judicialmente autorizadas) nas quais um policial afirmava “mato por prazer e satisfação”. Sobre o tema, ver reportagem do Jornal Nacional, disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=e6NFDthtvyl>>, acesso em: 6 abr. 2011. Obviamente, a ação de grupos de extermínios é uma perspectiva extrema da normalização do uso da violência, mas sua ocorrência não pode deixar de ser vista como um perigo imbricado na fenomenologia da violência policial.

¹⁹² Reiner, 2004:137.

¹⁹³ Afirma Bittner, 2003:239: “o que os policiais fazem parece ser correr para a cena de qualquer crise que haja, julgar suas necessidades de acordo com os cânones e a razão do senso comum, e impor soluções a ela, sem considerar a resistência ou a oposição. Durante tudo isso, elas agem grandemente como praticantes individuais de uma profissão”.

¹⁹⁴ Skolnick, 1975:44. A cor azul é uma referência à Polícia (a cor usual dos uniformes policiais nos EUA).

¹⁹⁵ Essa perspectiva já fora diagnosticada por Becker, 1971:146, ao argumentar que os policiais tendem a adotar uma postura pessimista sobre a natureza humana, bem como tendem a afirmar que a gravidade do problema é maior do que nunca, como uma boa razão para justificar a manutenção da existência de seu cargo.

¹⁹⁶ Reiner, 2004:138. Sklansky, 2007:6. Na síntese de Paixão *et al.*, 1992:83: “a presunção policial de culpabilidade objetiva do suspeito sanciona o uso do arbítrio como método de implementação da lei”. Soeiro e Bettencourt, 2003:152, identifica que as limitações legais à atividade de investigação criminal é representada como um fator de estresse entre os policiais.

pressão para que um policial faça “tudo o possível” para atingir o fim, tendendo a legitimar os meios eficientes como necessários, e o necessário como legítimo. A cultura policial elogia a bravura, o heroísmo, o colocar sua vida em risco para salvar a comunidade (e, com efeito, esses são bons valores, se exercidos mediante meios legítimos). Por outro lado, os policiais são diariamente “bombardeados” com crimes bárbaros, com reações de violência tanto de agressores quanto de vítimas, que é difícil, ao longo do tempo, não de indignar com essa violência e propor atalhos de legalidade, bem como manter-se leal à premissa ética de que não se paga o mal com outro mal¹⁹⁷. Quando o Departamento de Polícia é subdividido em unidades, todas submetidas à pressão institucional por resultados, surge uma natural tendência de essas unidades policiais competirem entre si na obtenção dos resultados mais eficientes, o que também gera uma pressão para banalizar os meios de obtenção dos resultados e fomentar o desvio¹⁹⁸. Segundo Armacost, “em função de sua coesão organizacional, policiais tornam-se predispostos a colocar em ostracismo colegas que os criticam, mas eles (e seus departamentos) vêem intervenções exitosas e heróicas como uma conquista coletiva”¹⁹⁹.

Nas palavras de Westmarland (analisando o problema no Reino Unido), “a pressão para produzir resultados é um fator que favorece uma situação de ‘nós e eles’, fortalecendo a solidariedade interna e também lealdades e segredos inapropriados”²⁰⁰. A Comissão Chistopher, criada para investigar abusos no Departamento de Polícia de Los Angeles, concluiu que quando um Departamento de Polícia cria sistemas de recompensas baseados no desempenho do policial, como número de prisões, número de apreensões de armas, drogas e outros, cria-se uma pressão institucional para a produção de resultados, que acaba favorecendo intervenções policiais cada vez mais enérgicas e que acabam por distanciar a Polícia da comunidade²⁰¹. A valorização da eficiência associada à lógica da imediatidade policial (obtenção de resultados rápidos) tende a construir uma sobrevalorização da obtenção de uma confissão

¹⁹⁷ Indicando que policiais retiram das expectativas sociais razões de justificação de seus atalhos à legalidade: Bittner, 2003:121.

¹⁹⁸ Huggins *et al.*, 2006:160, analisando o problema dos esquadrões da morte durante a fase da ditadura como expressão de uma cobrança institucional de resultados, expressa na valorização política das unidades mais eficientes na repressão. Lemgruber *et al.*, 2003:36, indicam que há essa competição também entre Polícia Civil e militar, com duplicação de esforços e ausência de cooperação, e muitas vezes com franca hostilidade recíproca.

¹⁹⁹ Armacost, 2004:454.

²⁰⁰ Westmarland, 2005. No mesmo sentido, reforçando como a pressão popular por resultados acaba por legitimar na subcultura policial o eventual uso excessivo da força: Westley, 1953:37; Prenzler, 2009:22.

²⁰¹ Christopher, 1991:98.

como estratégia central da investigação policial e, para tanto, passa-se a normalizar o uso da força (física ou psicológica) enquanto estratégia de obtenção da confissão²⁰².

Essas pressões por resultados eficientes são reforçadas em grande medida pela mídia, que amplifica demandas sociais e cria agendas de cobrança sobre a Polícia²⁰³. Cria-se novamente um dilema entre a demanda popular por eficiência e a lei que restringe a ação policial e é vista como um empecilho. Surge aqui um conflito de expectativas: a cultura policial tende a exigir que o policial seja eficiente, que tenha sucesso na manutenção da ordem na comunidade em que trabalha, mas muitas vezes a obediência estrita aos ditames legais “atrapalha” sua eficiência. Em algumas situações onde o controle da atividade policial não está bem enraizado, esse dilema é solucionado na cultura policial com o apoio aos “atalhos legais”, como se a pressão popular e institucional por resultados fosse um fator cultural de autorização para o uso dos meios necessários para atingir tal fim. O que é pior, muitas vezes o público compartilha da visão de que um pouco de agressividade na atuação policial (leia-se: brutalidade) seria mesmo essencial à eficiência da Polícia, seria um “preço inevitável” para poder ter segurança²⁰⁴. No Brasil, essa aceitação pública da violência policial de eficiência é especialmente expressa na reação dos espectadores ao filme *Tropa de Elite*²⁰⁵. Quando essa visão é compartilhada pelos dirigentes da organização policial, acabam sendo criados dois códigos alternativos, um formal e outro informal: o código formal reproduz as leis, mas o código informal acentua a necessidade de resultados, mesmo que através de atalhos à legalidade. Quando a instituição falha em manter um sistema de controle eficiente, ela permite que se desenvolva a seguinte mensagem aos policiais de rua: “desejamos certos resultados e não estamos interessados nos detalhes de como tais resultados

²⁰² Associando imediatidade policial e a valorização da confissão mediante coerção, já que essa indica onde localizar as demais provas para resolver o crime (e acelera a investigação), ver Paixão *et al.*, 1992:81-82.

²⁰³ Destacando a pressão da mídia por resultados como um dos principais fatores de violações de normas por policiais: Newton, 1998:6; Reiner, 2004:136; Rolim, 2007:186-213. Sobre a amplificação artificial dos sentimentos de insegurança pela mídia: L.A. Castro, 2005:199-236; M. Rolim, 2006:186-204.

²⁰⁴ Armacost, 2004:468; Cheh, 1996:253; Cucchi, 2010:280; Hagen, 2006:232.

²⁰⁵ Padilha, 2007. O primeiro filme da série expõe o paradoxo de um policial que é honesto, quer lutar contra a corrupção policial e a criminalidade, e que por isso conquista naturalmente a empatia do público, mas se utiliza de métodos violentos de tortura e execuções sumárias para realizar suas atividades, portanto, de técnicas autoritárias típicas da época da ditadura. Um espectador crítico deveria repudiar os métodos fascistas do Capitão Nascimento, todavia o público brasileiro reagiu ovacionando nas salas de cinemas as cenas de violência policial. Para uma discussão do filme, ver Bloch, 2007 (e artigos seguintes na respectiva revista). O segundo filme (Padilha, 2010) recoloca o problema em termos de combate à corrupção policial pelos meios institucionais, todavia, ainda admite interceptações telefônicas sem autorização judicial e agressões físicas a políticos corruptos, essas novamente ovacionadas pelo público (mas nada é perfeito...).

serão obtidos”²⁰⁶. Isso cria uma dupla mensagem institucional: a normativa e a cultural, que entram em choque quanto à forma de obtenção dos objetivos, ou mesmo quanto a quais são os objetivos.

Segundo Huggins, em pesquisa realizada com policiais brasileiros que praticaram tortura e assassinatos durante o período da ditadura militar, os policiais costumavam justificar suas condutas com fundamento em cinco argumentos: a) difundir a responsabilidade em contextos organizacionais, sociais e culturais; b) descrever os policiais desviantes como “maçons podres” excepcionais; c) demonizar as vítimas; d) apresentar “justa causa” para explicar a violência (normalmente numa metáfora de “guerra ao crime”); e) dissimular a violência sob mandados profissionais e organizacionais²⁰⁷. Também há pesquisas documentando rotinas policiais de julgamento informal de conflitos na comunidade, normalmente com a utilização de ameaças de realização de prisões, mesmo sem previsão legal, como estratégia de manutenção da “paz social”²⁰⁸. Segundo a Procuradoria-Geral da República, comentando a situação da Polícia Militar de Goiás, “uma doutrina operacional voltada ao enfrentamento e aniquilação de ameaças foi utilizada como ferramenta legitimadora de ações policiais violentas, calcadas em torturas, desaparecimentos e homicídios”²⁰⁹.

A prisão de uma pessoa etiquetada como “bandido” é uma das diligências que é mais reconhecida no círculo policial (e mesmo fora) e tende a ser uma das diligências que mais

²⁰⁶ Armacost, 2004:490. Armacost também argumenta que esse tipo de mensagem dos dirigentes também pode configurar uma estratégia dos dirigentes para se imunizarem dos eventuais desvios cometidos por seus subordinados, ao argumento que não sabiam de nada, não aprovaram nada. Afirma: “essa mensagem que os dirigentes passam com a definição de objetivos genéricos (“obtenham resultados sem encrencas”) cria pressões nos policiais inferiores para que protejam seus chefes, escondam seus próprios erros e transmitam apenas as boas notícias” (Armacost, 2004:516). Esse aspecto está ligado ao conceito já descortinado pelo interacionismo simbólico de que a criminalidade não é dada pela lei, ela é construída por um conjunto de representações partilhadas nas interações sociais de que determinadas ações ilegais são crimes, ou que determinadas ações, ainda que ilegais, podem ser toleradas, pois não são graves o suficientes para serem representadas como crime; assim, há um conjunto de fatores de imunização do policial ao seu desvio ocupacional. Genericamente sobre o interacionismo simbólico, ver Dias e Andrade, 1997:342 *et seq*; Baratta, 2002:85 *et seq*; V.R.P. Andrade, 2003:214 *et seq*. Indicando outros fenômenos de representação como legítimos de atos ilegais relacionados com a chamada “criminalidade urbana”, ver Misse, 2006:253.

²⁰⁷ Huggins *et al.*, 2006:129-130.

²⁰⁸ L. Oliveira, 2003, sobre a rotina de Comissários de Polícia de Recife de julgarem pequenos casos de lesões corporais ou ameaça, induzindo à retratação da vítima, usualmente com a ameaça “da próxima vez eu meto no xadrez”, e que são representadas pelos policiais como uma forma de “Justiça Policial”, já que eventualmente satisfaz a pretensão do reclamante, mas, conforme conclusão, “a Polícia está longe de ser uma instituição comprometida com o valor justiça” (2003:299).

²⁰⁹ Petição inicial do IDC 3/GO, suscitado pelo PGR perante o STJ em 10 maio 2013 (p. 22).

fomenta a justificação de eventuais excessos considerados necessários para se atingir de forma eficiente o fim²¹⁰. Também o são a obtenção de informações extremamente relevantes para a solução de um caso. Em situações mais extremas, dar uma lição ao “bandido”, ou mesmo eliminá-lo, passam a ser valores de eficiência reconhecidos como legítimos, o que fomenta os chamados grupos de extermínio²¹¹.

A racionalidade policial é marcada pelo imediatismo e, em geral, a visão geral de justiça para a Polícia corresponde à prisão do suspeito (partilhada por significativo segmento da sociedade e amplificada pela mídia). Contudo, no âmbito da justiça criminal, a prisão no curso do processo é sempre limitada a situações excepcionais, sendo a regra responder ao processo em liberdade. Essa dicotomia de percepções do que vem a ser efetivamente a justiça acaba por fortalecer uma descrença na eficiência do sistema criminal e favorece o desenvolvimento da tolerância a sistemas paralelos de justiça informal, uma “justiça policial imediata”²¹². Especialmente quando os suspeitos conseguem com eficiência ludibriar policiais e evitar que eles obtenham as provas do crime, surge uma “pressão cultural” para que o policial não deixe a situação sem justiça, mas aplique a sua justiça²¹³. É como se o policial realizasse sua própria “ponderação de valores” sobre a verdadeira justiça, ao lado dos limites legais.

Em outras situações a violência policial é ministrada como forma de aplicar um castigo na pessoa que é suspeita de ter praticado um crime. Se o policial não acredita que a pessoa será punida efetivamente pelo Sistema de Justiça Criminal, ele pode substituir a justiça pública por sua justiça pessoal, já aplicando um “corretivo” no suspeito para evitar a reiteração da

²¹⁰ Westley, 1953:36; Skolnick, 1975:231. Sobre a relevância da intervenção policial imediata diante de um crime, afirma Bittner, 2003:233: “tal sentimento certamente constitui um aspecto muito importante da estrutura mental do policial; direciona seus interesses, estabelece suas prioridades, fornece as justificativas para as ações, governa as expectativas de recompensa e honra, e, em última análise, alimenta a retórica com que se explica sua agressividade imediata”.

²¹¹ Lemgruber *et al.*, 2003:39.

²¹² Westley, 1953:38, narra algumas formas de desvio policial consistente na aplicação imediata de “lições” em suspeitos de crimes para os quais o policial não conseguia reunir provas suficientes de que houve o crime, consistente em levar a pessoa para um matagal, agredi-la fisicamente e ameaçar matá-la caso ela volte a praticar um delito. Também a Comissão Mollen, 1994:47, identificou vários casos em que policiais aplicavam a lógica da “justiça das ruas” como instrumento de punição de suspeitos, concluindo que “assim como outras formas de desvios, alguns policiais acreditam que o que eles estão fazendo é moralmente correto – apesar de ‘tecnicamente ilegal’ – quando eles batem em uma pessoa que eles acreditam ser culpada e que eles crêem que o Sistema de Justiça Criminal não irá punir nunca”. McDonald, 2011:188, sintetiza essa visão “policiais sabe que o réu pode escapar da pena, mas não de uma volta no camburão”.

conduta. Especialmente quando os policiais “sabem” que ele é o autor do crime, mas não conseguem traduzir essa certeza em prova judicialmente admissível²¹⁴.

Essa racionalidade moldada pelo condicionamento ocupacional de manutenção da ordem tende a incorporar o princípio maquiavélico de que “os fins justificam os meios”, que é denominado na literatura criminológica como “síndrome de *Dirty Harry*”²¹⁵, a qual permite a justificação (na subcultura policial) de ações de duvidosa legalidade desde que tenha um potencial resultado eficaz²¹⁶. Ou, abrileirando a doença policial, uma síndrome do “Capitão Nascimento”, personagem do filme *Tropa de Elite*, imortalizado por suas frases: “nesta cidade, todo policial tem de escolher: ou se corrompe, ou se omite, ou vai pra guerra” e ainda “missão dada é missão cumprida”, todas embaladas pela trilha sonora do filme: “homens de preto, qual é a sua missão? / entrar na favela e deixar corpos no chão”²¹⁷.

Em outras palavras, por essa visão, o bom policial é aquele que é operacional, ou seja, cujas ações produzem resultados eficientes, não importam os métodos. Essa visão assenta-se numa representação de “guerra” contra o crime, na qual o desvio às normas seria necessário para alcançar a verdadeira justiça, e a verdadeira “cidadania” se realizaria com o efetivo controle do crime²¹⁸. Cria-se o mito do “super policial”, que deve assegurar a “segurança” a qualquer preço e, para tanto, sente-se acima das regras ordinárias de policiamento. Em outras palavras, corresponde à representação de que a verdadeira justiça da rua seria aquela que o

²¹³ Destacando vários casos na cidade de Nova York, na qual policiais tidos como “não corruptos” aplicaram a sua justiça a criminosos presumidos, que não seriam punidos pela Justiça Criminal por falta de provas, ver Skolnick, 2002:15.

²¹⁴ Caso narrado em Westley, 1953:38. Documentando a prática de “prisões de correição” no Brasil, obviamente à margem da lei, ver Paixão *et al.*, 1992:81. Indicando que muitas vezes policiais utilizam-se seletivamente de prisões por crimes menores como forma de punição prática para crimes maiores de que têm suspeita mas não prova: Bittner, 2003:204; A.F. Sousa, 2009:62. Documentando a prática de policiais franceses deterem pessoas potencialmente autoras de crimes (moradores de rua, ébrios, ou apenas pessoas conhecidas pela prática de outras infrações penais), levá-las para locais ermos, ministrarem uma surra ou apenas ameaçarem tais pessoas para não retornarem ao local policiado, e em seguida abandonarem essas pessoas em locais muito distantes, como uma forma de castigo ou de advertência para não praticarem crimes, ver Jobard, 2002:126-132.

²¹⁵ Referindo-se à síndrome de “*Dirty Harry*”: Klockars, 1983; Westmarland, 2005; Skolnick e Fyfe, 1993:107. Referindo um policial brasileiro truculento apelidado de *Dirty Harry*: Huggins *et al.*, 2006:169. Na expressão de Bayley e Skolnick, 2006:65, essa seria a “justiça do cassete”. Indicando essa ideologia do “policial adrenalina”, v. Hagen, 2006:190.

²¹⁶ A tolerância jurídica e social a comportamentos de violência como instrumentos de restauração da ordem social não é um fenômeno recente. Homem, 2006:76, relembra a situação dos duelos pela honra, que apesar de sucessivamente proibidos pelas legislações europeias, vão persistir até meados do século XX.

²¹⁷ Padilha, 2007.

²¹⁸ Indicando que a ideologia da “guerra ao crime” acaba fomentando o desvio policial: Skolnick e Fyfe, 1993:133; Lembruger *et al.*, 2003:88; Kamisar *et al.*, 2002:100; Kappeler *et al.*, 1998:257.

próprio policial já assegura que será aplicada, não a abandonando ao risco de ineficiência do Sistema de Justiça Criminal²¹⁹. O desenvolvimento dessa visão ocupacional tende a representar a lei e os operadores da justiça (com sua visão garantista) e mesmo autoridades políticas como enclausurados em torres de marfim, com desconhecimento da “dura realidade das ruas” e, portanto, das necessidades dos policiais para serem mais efetivos²²⁰. Esse condicionamento profissional tende a que os policiais assumam posturas políticas de tendência securitária, de reforço à repressão e de supressão de garantias²²¹. Assim, a visão de eficiência normaliza o uso da força em situações ilegais, mediante um conjunto de estratégias organizacionais de justificação do desvio formal como uma atuação meramente “profissional”, uma resposta fática à representação de “hipergarantismo”, algo que era esperado do papel desempenhado pelo “bom policial”, na pior das hipóteses um mero “acidente de trabalho” aceitável²²².

Em síntese, há três fatores de cultura ocupacional que favorecem a ocorrência de desvios: interpretar sua atividade numa perspectiva limitada de “guerra” contra o crime; acreditar que seu trabalho é melhor realizado com um maior nível de discricionariedade e ter uma visão hostil e depreciativa do público²²³.

1.4.2.6 Omissão de controles e cobrança de resultados

O mito do superpolicial é em parte reforçado dentro da organização policial com duas perspectivas: omissão no controle dos desvios e cobranças por resultados. Em geral, os Departamentos de Polícia não realizam uma análise comparada dos registros de reclamações dos

²¹⁹ Destacando que os policiais das unidades de elite de intervenção em áreas de alta criminalidade tem a tendência de compartilhar essa visão, ver Westmarland, 2005; Skolnick, 2002:16; Mollen, 1994:4.

²²⁰ Reiner, 2004:145; Saporì, 2007:109; Paixão *et al.*, 1992:88 (reproduzindo o provérbio “a Polícia prende, a Justiça solta”); Bittner, 2003:122-127 (indicando a diferença de racionalidade entre a Polícia e o Sistema Judicial).

²²¹ Referindo que muitas vezes os policiais não decidem apoiar o “Direito”, mas sim apoiar a “Direita”, diante de sua posição marcadamente conservadora: Monet, 2006:154. Ver ainda Cox, 1996:169. Indicando essa tendência no Brasil: Paixão *et al.*, 1992:83 *et seq*; Saporì, 2007:125-129. Aprofundamos essa tendência adiante, na seção 1.6.

²²² Huggins *et al.*, 2006:373, discutindo sobre a cisão entre violência aceitável e violência não aceitável nos policiais brasileiros que praticaram atos de tortura. Não se desconsidera que em determinadas situações o desvio (em geral) possui o efeito positivo de apontar erros no regramento social e impulsionar mudanças (nesse sentido: Morris, 1978:41). Isso seria verdade para situações em que um “hipergarantismo” legal retirasse quaisquer mecanismos lícitos de atuação da Polícia, forçando-a ao desvio para atingir um nível mínimamente aceitável de eficiência. Mas por outro lado, há um nível de desvio policial que compromete gravemente a própria legitimidade de sua atuação (ver adiante subseção 2.1.5). Sobre a visão do desvio policial como um mero acidente de trabalho, ver Paixão *et al.*, 1992, o qual acrescenta (*ibidem*: 88): “mas que trabalho é esse que foge da lei para produzi-la [a ordem]? Os policiais que entrevistamos invertem a questão: mas que lei é essa que, interpretada literalmente, obriga o policial a agir fora dos formalismos para produzir a ordem que ela mesma almeja?”.

cidadãos e mesmo ações penais envolvendo policiais para avaliar as respectivas promoções funcionais. Via de regra, os desvios policiais graves concentram-se em um grupo limitado de policiais que possuem a maioria das reclamações de abuso de autoridade. No relatório da Comissão Christopher, de Los Angeles, demonstrou-se que apenas um grupo de 60 policiais concentravam a grande maioria das reclamações por abuso no uso da força em todo o departamento²²⁴. Essa comissão concluiu que haviam quatro falhas organizacionais graves que fomentavam o desvio, como: (a) falha estrutural em controlar ou disciplinar os policiais com repetidas queixas de uso excessivo de força; (b) uma cultura policial interiorizada de racismo e discriminação; (c) dificuldades do público em tentar realizar reclamações contra policiais; (d) o papel da cúpula policial e dos órgãos de controle externo em não alterar essa realidade²²⁵.

Em pesquisa feita no Departamento de Polícia de Boston, 10% da amostra de policiais analisados concentravam 45% das reclamações de desvio²²⁶. Conforme conclusão de estudo da *Human Rights Watch*, “policiais habitualmente violentos – normalmente uma pequena porcentagem do conjunto – podem até ser submetidos a processos disciplinares repetidos, mas são normalmente protegidos por seus colegas e pela complacência das investigações internas da Polícia”²²⁷. Apesar dessa tendência de concentração do desvio em um grupo pequeno, o fenômeno não pode ser explicado na lógica das “maças podres” (desvio individual), pois ainda fica sem explicação porque a instituição usualmente demora tanto tempo para “acreditar” nas denúncias de abusos, investigar efetivamente os desvios, punir os desviantes e assegurar que tais atos não se repitam.

A explicação da persistência de algumas práticas e na tolerância do desvio do colega está necessariamente no campo organizacional, não individual²²⁸. Muitas vezes um

²²³ Armacost, 2004:463.

²²⁴ Christopher, 1991:i-vii.

²²⁵ Christopher, 1991:viii.

²²⁶ Armacost, 2004:502. O relatório da referida comissão concluiu: “Nenhum Departamento de Polícia e nenhuma comunidade deveria tolerar a situação na qual policiais com longos registros de reclamações por desvio, incluindo alguns com relatos de alegada agressão física de cidadãos, permaneçam nas ruas em grande medida sem supervisão” (*loc. cit.*).

²²⁷ Collins, 1998:1. Referido estudo foi realizado ao longo de dois anos e meio em quatorze cidades americanas: Atlanta, Boston, Chicago, Detroit, Indianapolis, Los Angeles, Minneapolis, Nova Orleans, Nova Iorque, Filadélfia, Portland, Providência, São Francisco e Washington D.C. O Estado envolveu entrevistas nos Departamentos de Polícia, agências de controle externo, alegadas vítimas de abuso policial e procuradores federais.

²²⁸ Armacost, 2004:495-6.

policial possui inúmeras reclamações de abuso da força, vários processos por abuso da força em investigação na Corregedoria de Polícia ou mesmo na justiça criminal, e apesar de tais processos, paradoxalmente, o policial possui uma avaliação funcional repleta de elogios e não raro recebe uma promoção no curso dos processos²²⁹. Essa posição institucional acaba por recompensar o desvio e reforçar a sensação de que o desvio no uso da força é tolerado, às vezes mesmo incentivado, o que favorece institucionalmente sua prática, pois se o policial é cobrado pelas pelos resultados de suas ações, não pelos métodos empregados para atingir tais resultados, a mensagem institucional que se passa é “atinja os resultados, não importa os métodos”²³⁰. Segundo conclusão de Collins, “violações sistemáticas de direitos fundamentais persistem em grande medida porque os sistemas de *accountability* são extremamente defeituosos”²³¹. A omissão sistêmica de controle das ações pode gerar um nível de violência policial tão elevado quanto o de uma “terra de ninguém”²³². Essa ineficiência sistêmica em punir o desvio policial não é apenas um problema de incompetência gerencial específica, pois a generalização dessa característica em um número muito elevado de Departamentos de Polícia pelo mundo afora permite a conclusão de que há uma predisposição organizacional de corporativismo pelos órgãos de controle interno da atividade policial e que, apesar de ser possível essa superação, ela exige um esforço considerável²³³.

²²⁹ Destacando esse paradoxo: Armacost, 2004:474; Fitzgerald, 1989:205.

²³⁰ Essa mensagem torna-se mais eloquente quando os policiais são recompensados pelo atingimento de metas, como quantidade de prisões, de abordagens, de aplicação de multas ou outros, mas sem mecanismos de controle de seus métodos. Ver Armacost, 2004:519; Bittner, 2003:143-155; Skolnick e Fyfe, 1993:125 (eles denominam essa estratégia como *the police numbers game*).

²³¹ Collins, 1998:2. Esse sistema é falho pois acaba por recompensar a realização de uma prisão, mesmo que posteriormente a prisão seja relaxada por ilegalidade ou falta de provas, e não recompensam o fato de um policial conseguir pacificar uma situação conflituosa sem realizar qualquer prisão.

²³² Referindo-se à situação da Polícia Rio de Janeiro nas favelas: Lemgruber *et al.*, 2003:46. Já Lyra *et al.*, 2004:24, indicam que a “promoção por bravura” de policiais que matam “traficantes” durante confrontos armados nas favelas cariocas pode ser um fator de estímulo a esses conflitos potencialmente letais, bem como em 2004:46 *et seq.* documentam inúmeros casos de impunidade do desvio policial. Jobard, 2002:209, indica exemplos na França em que a cúpula policial endossa ações mais violentas em áreas socialmente desestruturadas.

²³³ Essa afirmação não significa que todos os órgãos de controle interno da Polícia são corporativos, mas que há uma tendência de corporativismo natural que deve ser reconhecida como tal para que possa ser superada por uma força adicional, para suplantar o corporativismo do órgão de controle interno e assegurar a manutenção da integridade policial.

Outros fatores institucionais, como a inexperiência dos supervisores, uma grande quantidade de policiais em proporção a cada supervisor, podem ainda favorecer a ausência de controles efetivos sobre o policial e estimular o desvio²³⁴.

Um dos problemas do controle interno é que ele pode ser tentado a abafar os casos de desvios policiais por receio da repercussão negativa que esses casos podem dar à imagem da corporação, ao invés de se preocupar com as consequências nefastas que a corrupção em si constitui para a Polícia²³⁵. Muitas vezes as críticas feitas à agência policial são interpretadas como ataques institucionais e não como propostas concretas de aperfeiçoamento do sistema.²³⁶

Comentando a dinâmica do desvio policial, afirma Punch²³⁷:

Em uma organização com atribuição de aplicar a lei, a lei pode ser violada porque o controle, a supervisão, os freios e contrapesos, o monitoramento, auditorias e a liderança podem falhar em funcionar adequadamente enquanto pressões culturais e institucionais promovem e apóiam o desvio.

Em síntese, pressões institucionais por resultados sem mecanismos de controle da legalidade tendem a produzir resultados de desvio como atalhos à legalidade.

Curiosamente, essa pressão institucional para a prática de atos de arbitrariedade no exercício da função também gera efeitos colaterais danosos para os próprios policiais que aceitam praticá-los. Estudos demonstram que policiais brasileiros que participaram de atos de tortura sofreram efeitos altamente deletérios em suas vidas pessoais: vida familiar desintegrada, problemas de saúde, estado depressivo, alcoolismo, e impulsos suicidas²³⁸. Em outras palavras, a tolerância institucional ao desvio policial é uma forma de lesão da própria humanidade do policial.

²³⁴ Walker, 2005:151.

²³⁵ Essa conclusão foi feita no relatório da Comissão Mollen, 1994:2 (Comissão para a reforma da Polícia de Nova Iorque). Semelhantemente: Bayley, 2006:193.

²³⁶ Ellison e O'Reilly, 2008:340, argumentam como alguns relatórios do ICP na Irlanda do Norte em 2000 foram recebidos com agressividade, interpretando que a manutenção da imagem de uma boa reforma estaria sendo vista como mais importante que a reforma em si mesma

²³⁷ Punch, 2003:175. No mesmo sentido, ver Reiner, 2004. Também destacando o valor do controle hierárquico para gerar pressões para conformação de comportamentos de subordinados, ver Mouhanna, 2007:145.

²³⁸ Huggins *et al.*, 2006:383-418. Ver ainda o relato de Verbitsky, 1995, sobre entrevista com um militar argentino que participou da eliminação de dissidentes políticos, e os efeitos negativos disso sobre sua personalidade, e ainda o relato de Tony Lagouranis, sobre sua experiência como torturador em Abu Ghraib, em Terestchenko, 2011:145.

1.4.2.7 Dualidade de regras formais e operacionais

Reiner fala em três tipos de regras de ação da Polícia: regras de trabalho, regras inibidoras e regras de apresentação²³⁹. As regras de trabalho são aquelas que estão efetivamente interiorizadas pelos policiais e que são realizadas na prática. As regras inibitórias são as regras externas de controle que incidem sobre os policiais (que podem ser diversas das regras de trabalho). E as regras de apresentação são as regras que os policiais utilizam para apresentarem ao público externo o resultado de seu trabalho, mesmo quando ele foi realizado em desconformidade com as regras inibitórias. E conclui que em algumas situações, as regras legais, por serem excessivamente lacônicas, acabam por serem meras regras de apresentação, uma fachada de legitimidade sob a qual se esconde um amplo espaço de arbitrariedade policial.

A pressão institucional pelo desvio, decorrentes dos valores na cultura policial de manutenção da autoridade, a normalização da violência como ferramenta de interação ordinária em áreas socialmente degradadas e a eficiência como um objetivo institucional, aliados à baixa visibilidade da atuação policial, ensinam o policial que é possível desviar do padrão normativo para atingir os objetivos construídos pela cultura policial sem ser punido. Para tanto, criam-se regras de apresentação trabalho policial.

Por exemplo, ordinariamente as agressões gratuitas ou diante de desacatos não são documentadas. Se o cidadão indicar que irá formular uma reclamação contra o desvio policial, o policial se adianta prendendo o cidadão sob alegação de suposto desacato, de forma que a lesão que o cidadão apresentar será mascarada sob a alegação de resistência à prisão. O especial valor dado à palavra do policial e o baixo capital social do abordado (usualmente com antecedentes criminais) normalmente criam uma aparência de legalidade à arbitrariedade praticada, que dificilmente será desconstituída em juízo. Policiais também aprendem a praticar agressões sem deixar marcas e a realizá-las ordinariamente fora da vista do público, quando o abordado está sob o domínio integral de policiais. Assim, desenvolvem-se estratégias de encobrimento da violência policial²⁴⁰.

²³⁹ Reiner, 2004:133-4. Em sentido semelhante: Crank, 1998: cap. 19; Cuadrado Salinas, 2010:238; Barker e Carter, 1994:139.

²⁴⁰ Westley, 1953:40.

Mesmo quando a atividade policial está submetida a visitas de fiscalização, os policiais aprendem estratégias para encobrir as eventuais situações ilegais que os fiscais externos possam perceber²⁴¹.

Outro problema é que muitas vezes o policial é “condicionado” e mentir, especialmente quando realiza operações encobertas ou dissimuladas. Há sempre o risco de o aprendizado da mentira ser usado para outras áreas, ponderando-se a verdade (relativa a uma irregularidade procedimental) e o interesse público entre evitar a perda de um caso representado como relevante²⁴².

1.4.2.8 Sínteses da cultura policial

Em síntese, existe uma cultura ocupacional da Polícia que é diferenciada das demais profissões e consiste na submissão comum aos mesmos riscos e atividades, o que faz com que os policiais partilhem determinados valores e visões de suas próprias atividades. A cultura policial é construída a partir de um conjunto de significados e compreensões compartilhados, construídos a partir das experiências ocupacionais comuns, e que criam um “processo de construção da realidade que permite aos membros e participantes verem e compreenderem eventos particulares, ações, objetos, discursos ou situações de uma forma diferenciada”²⁴³.

Em seu complexo de interações, essa cultura ocupacional molda a forma como um indivíduo que passa a pertencer ao seu grupo organizacional, como irá pensar e reagir diante de determinadas situações concretas. Há um conjunto de ações que, apesar de formalmente estarem fora da lei (ou, de forma eufêmica, às margens da legalidade), são incentivados pelas normas informais da organização e assim moldam as ações futuras dos policiais²⁴⁴. Nessa cultura ocupacional, normalmente a exposição a situações de risco e alta criminalidade favorece a justificção de meios mais extremos para fazer frente a essa realidade.

Quando essa cultura é associada a uma ineficiência sistêmica em não detectar e não punir de forma apropriada as situações de uso injustificado de violência ou a corrupção

²⁴¹ Reiner, 2004:144.

²⁴² Nesse sentido: Carter e Barker, 1994:140. Ela classifica as mentiras policiais, segundo a cultura policial, em mentiras incentivadas, mentiras toleradas, e mentiras desviantes. Ver ainda Kappeler *et al.*, 1998:201.

²⁴³ Armacost, 2004:506.

policial, cria-se um ambiente propício à proliferação de fenômenos desviantes. Ainda que normalmente tais desvios mais graves se concentrem numa minoria de policiais, o fenômeno não pode simplesmente ser explicado na lógica das maçãs podres, ou seja, de personalidades individuais com tendências ao desvio, pois em verdade há fatores sociológicos (especialmente ocupacionais e organizacionais) que favorecem a ocorrência do desvio. Esses aspectos da cultura policial identificados em estudos internacionais também tem sido reconhecidos no âmbito da atividade policial no Brasil²⁴⁵.

1.4.2.9 Diversidade de culturas policiais

Normalmente, os integrantes da Polícia não gostam de discutir diretamente temas ligados à subcultura policial, ao argumento de que se em algum lugar ocorreu um fenômeno de desvio, ele não necessariamente ocorrerá em seu Departamento de Polícia.

Com efeito, a subcultura policial não é uma mentalidade profissional monolítica nem imutável. Ainda que existam padrões ocupacionais da atividade policial comuns a praticamente todos os Departamentos de Polícia, a forma como essas instituições se organizam concretamente joga um papel decisivo em como os aspectos comuns da profissão policial se manifestarão concretamente. Armacost distingue entre cultura ocupacional, que seria comum a todas as pessoas que exercem a atividade policial²⁴⁶, e cultura organizacional, que seria própria de um determinado Departamento de Polícia, num local e numa época determinada e, portanto, muito individual²⁴⁷. Assim, poderia ser generalizado, por exemplo, que a atividade policial está mais exposta ao risco de sofrer corrupção que outras profissões onde não se exerce tanta autoridade com tão pouca supervisão imediata, mas a forma como concretamente os policiais reagirão a esse risco depende diretamente de como a organização policial específica (e as outras organizações com as quais a Polícia interage) reage concretamente a esse fenômeno e seus mecanismos de controle.

²⁴⁴ Armacost, 2004:457.

²⁴⁵ Para uma relação de diversos estudos nessa linha, ver referências em Saporì, 2007:108. Ver especialmente Paixão *et al.*, 1992.

²⁴⁶ A força da influência do *ethos* ocupacional na racionalidade da subcultura policial foi posteriormente reforçada com estudos relacionados com a atividade de profissionais de segurança privada, que apresentaram racionalidades muito semelhantes à dos demais policiais do setor público. Ver Sklansky, 2007:18.

²⁴⁷ Armacost, 2004:494.

A cultura policial está ligada à partilha de experiências comuns, às relações de cooperação ou conflito decorrentes dessas experiências comuns, e à eventual sedimentação de percepções partilhadas, seguidas da posterior normalização das percepções. Mas esse processo possui variantes de um Departamento de Polícia para outro, entre Estados e países, e mesmo dentro do mesmo departamento entre profissionais de linha e supervisores, entre gerações de policiais, ou ainda diferentes visões decorrentes de experiências pessoais²⁴⁸. Estudos indicam que policiais de atividades burocráticas têm uma visão distinta daqueles que estão nas ruas²⁴⁹. No Brasil, há uma clara cisão de cultura ocupacional entre praças e oficiais da PM, e entre delegados, agentes ou peritos da PC, ou ainda entre as diversas gerações desses profissionais²⁵⁰. Diversos Estados brasileiros evoluem de forma diversa quanto à sua cultura ocupacional, conforme as interações dos policiais com seu ambiente específico²⁵¹. Essa cisão também se reflete nos tipos de desvios que terão mais probabilidade de ocorrerem nas diversas forças policiais: provavelmente há mais casos de uso excessivo da força no âmbito da PM que no da PC ou na PF (pois ordinariamente a atividade de policiamento ostensivo demanda mais incidentes potencialmente conflituosos), haverá mais casos de fraudes investigativas no IP na PC e PF que em outras Polícias, e os desvios mais usuais na PRF serão os casos de corrupção para liberação de veículos.

Nos EUA, a crescente diversificação na composição dos Departamentos de Polícia em termos de etnias, cor, gênero e orientação sexual, tem contribuído para a diminuição da homogeneidade da subcultura policial. Mouhanna argumenta que, longe de ser um conjunto cultural homogêneo, a Polícia possui fortes dissensões internas, especialmente relativas às funções específicas de determinado policial, de sorte que as generalizações quanto à cultura policial, ao

²⁴⁸ Indicando a diferença de experiências pessoais como um fator relevante: Westley, 1953:39. Também salientando a impossibilidade de generalizações, dado que a configuração concreta dos laços de lealdade depende do complexo de relações concretas de um Departamento de Polícia: Stoddard, 1968:213. Ressaltando esse aspecto da diversidade de culturas: Punch, 2009:36. Segundo Bayley, 2006:199, essa diversidade de culturas entre supervisores e subordinados é um fator complexo, pois, por um lado, se a subcultura for exatamente a mesma, é possível que os supervisores sejam lenientes com o desvio policial por representá-lo como legítimo; todavia, se for totalmente diferente, haverá o risco de criar-se uma cisão interna que diminua a confiança e favorece a que o supervisor não seja visto como um par, mas como um outsider, comprometendo a eficácia da atividade de supervisão. Em sentido semelhante à posição de Bayley, ver Monet, 2006:147.

²⁴⁹ Reuss-Ianni e Ianni, 1983; Reiner, 2004:141; Bittner, 2003: cap. 12; Monjardet, 2003. Monet, 2006:154, afirma que há “duas lógicas, duas ‘culturas’ distintas e conflitantes: a dos comissários, que repousa na norma, na prescrição e no controle, a dos guardas e dos cabos de polícia, que privilegia a iniciativa, a negociação a escolha discricionária quando é preciso gerir situações conflitantes, das quais nenhuma parece se com as outras”. A.T. Costa *et al.*, 2010:199, afirmam que usualmente os delegados de polícia possuem um “saber jurídico” e os agentes de polícia um “saber policial”.

²⁵⁰ Lemgruber *et al.*, 2003:36; B.A. Machado, 2011; Saporì, 2007:130; Hagen, 2006:63-67.

invés de aclarar uma instituição, podem em verdade lançar mais opacidade à mesma²⁵². Mesmo dentro das Polícias é possível reconhecer movimentos alinhados aos valores democráticos de contenção de arbitrariedades²⁵³. Segundo Slansky, apesar de todos terem uma tendência a pensar “azul”, há diferentes tonalidades de azul...²⁵⁴ Certamente as reações dos policiais às diversas situações não são fungíveis, pois diferentes pessoas podem reagir de forma diferente a experiências idênticas; a subcultura policial indica apenas uma tendência organizacional, de maior ou menor implicação concreta, sempre dependente da individualidade da pessoa que ocupa a função policial e da estrutura concreta que a cerca.

É possível categorizar quatro espécies de policiais: os operacionais, os omissos, os profissionais e os criminosos²⁵⁵. O policial operacional (ou *Dirty Harry*) é aquele que decide ser produtivo no trabalho, ainda que ao custo da violação de normas procedimentais. Apesar de praticar pequenas ilegalidades, ele é admirado na instituição como um bom policial e há uma tendência de haver complacência institucional com seus pequenos desvios. Ele pratica ilegalidades para ser eficiente. O policial omissos é que o que não é produtivo, seja por receio de envolver-se em conflitos decorrentes do exercício da autoridade, seja por mera fuga do trabalho. Ele não pratica ilegalidades comissivas, mas também não é eficiente. O policial profissional é aquele que cumpre seu papel legal de manutenção da ordem dentro das balizas legais. Ele age dentro da legalidade e é eficiente. Muitas vezes o policial profissional é ridicularizado dentro da própria instituição como idealista ou medroso, pelo fato de não praticar ilegalidades de eficiência. Finalmente, há o policial criminoso, que pratica ilegalidades para obter vantagens pessoais, em atividades de corrupção, sem qualquer ligação com a eficiência policial. Apesar de normalmente

²⁵¹ Destacando as diferenças da cultura ocupacional da PM entre os estados brasileiros: Saporì, 2007:106-7.

²⁵² Mouhanna, 2007:141.

²⁵³ Lemgruber *et al.*, 2003:58.

²⁵⁴ Destacando a complexidade crescente dentro das instituições policiais, ver Sklansky, 2007.

²⁵⁵ Ver categorização semelhante em Reiner, 2004:155. Já Punch, 2009:20 *et seq*, divide as categorias de policiais em *grass-eater* (que praticam pequena corrupção, como recebimento gratuito de refeições), *meat-eater* (predadores que praticam extorsões e criminalidade organizada), *birds* (policiais que dizem não ver a corrupção logo ao seu lado), carregador de uniforme (omissos), senhor mediano, profissionais, *Dirty Harry* (praticam ilegalidades de eficiência e sabem acobertá-las), e *cowboys* (policiais que arrumam problemas de excesso de força não justificado, sendo incompetentes em encobri-los). Nossa divisão estereotipa as relações quatro relações possíveis entre legalidade e eficiência.

serem minoria, eles evoluem a partir dos policiais que aceitam a prática de ilegalidades institucionais. Poderíamos ilustrar assim a explicação²⁵⁶:

	Legalidade	Eficiência
Operacional (<i>Dirty Harry</i>)	-	+
Omisso	+	-
Profissional	+	+
Criminoso	-	-

Ainda assim, feita a ressalva da impossibilidade de generalizações dissociadas de realidades concretas, o esquema explicativo da subcultura policial possui grande utilidade como ferramenta de explicação de ações policiais em nível organizacional, também apontando para a necessidade de soluções organizacionais para o desvio policial²⁵⁷.

1.4.3 Código do Silêncio (blue code)

Outro aspecto também integrante da subcultura policial que fomenta a ocorrência do desvio policial é o chamado “código do silêncio” (ou *blue code*).

Estudos criminológicos têm demonstrado que existe uma natural tendência informal para que os policiais tenham entre si um código de silêncio, tendente a encobrir os eventuais desvios ou uso excessivo da força de seus colegas. Essa tendência natural de “solidariedade” para com o desvio do colega tem sido denominada de código de silêncio, código

²⁵⁶ A legalidade aqui é vista apenas como não prática de ilegalidades, o que não é um conceito completo, pois a atuação eficiente também é uma obrigação da legalidade, portanto a omissão também é uma forma de ilegalidade mais ampla, tanto que pode configurar o crime de prevaricação. A verdadeira postura profissional não será a do policial meramente legalista que apenas faz o óbvio, mas a do policial que busca alcançar resultados satisfatórios dentro das balizas legais. Utilizamos o conceito estrito de legalidade apenas para facilitar a classificação supra. Há obviamente posições intermediárias, pois um policial profissional não motivado está no meio termo entre o profissional e o omissor, bem como um policial Dirty Harry está a um passo de se tornar um policial criminoso (normalmente suas ilegalidades serão acompanhadas de fraudes processuais para encobri-las).

²⁵⁷ Segundo Sklansky, 2007:8, o excesso de apego ao esquema explicativo da subcultura policial tem impedido desenvolvimentos nas reformas policiais, como maior estudo e incremento da atuação das Corregedorias de Polícia, a valorização da residência do policial no local onde atua como estratégia de policiamento comunitário, ou ainda o monitoramento específico de policiais com histórico de desvio. Sobre a relevância das soluções organizacionais, v. Kappeler *et al.*, 1998:265; Armacost, 2004.

do segredo, cortina azul, código azul, véu do segredo. Numerosos estudos tem documentado a presença dessa prática em todo o mundo. Apesar de ser uma realidade mundial, sua extensão e profundidade (quantidade de agentes envolvidos e o nível de violações à legalidade que são toleradas) são muito diferentes entre os diversos Departamentos de Polícia.

1.4.3.1 Estudos documentando o Código do Silêncio

Em 1973 foi criada a Comissão Knapp, para avaliar os problemas de corrupção no Departamento de Polícia de Nova Iorque (NYPD). Essa comissão concluiu que havia um forte código do silêncio entre os policiais, e que seria inútil esperar testemunhos de outros policiais acusando seus colegas²⁵⁸.

Em 1992 foi Criada uma nova Comissão para auditar o NYPD, chefiada por Mollen. Essa comissão novamente concluiu que havia um forte laço de lealdade entre os policiais que impedia a delação dos desvios éticos e criava um ambiente propício para a proliferação da corrupção policial. A Comissão Mollen descreveu o Código do Silêncio como “uma regra não escrita pela qual um policial nunca incrimina seu colega”²⁵⁹. Essa comissão apurou em seus depoimentos que a maioria dos policiais do NYPD (honestos e corruptos) aceitavam o código do silêncio como regra cogente de observância. E concluiu²⁶⁰: “Apesar de um policial que olha para o outro lado quando seu colega furta propriedade, vende drogas ou abusa dos direitos fundamentais dos cidadãos, não estar diretamente envolvido na corrupção, entretanto, ele apóia e perpetua a corrupção, ao abandonar suas obrigações profissionais [de delatar]”.

Esse estudo concluiu que quanto mais arriscado for o trabalho policial (trabalho nas áreas de alto nível de criminalidade, com constantes confrontos com risco à integridade física do policial), mais o policial dependerá de seus companheiros para sobreviver nesse ambiente,

²⁵⁸ Comissão Knapp, 1973:47. Os trabalhos dessa comissão iniciaram-se após a denúncia feita pelo jovem e idealista policial Frank Serpico. A história de Serpico, que recusou-se a participar do esquema de corrupção que então florescia e sofreu severas represálias de seus companheiros de trabalho, foi ilustrada no filme *Serpico* (Lumet, 1973). Na época, havia um sistema institucionalizado de corrupção, para que os policiais não intervissem no negócio de apostas clandestinas. A Comissão Mollen, criada posteriormente em 1994, identificou que aquele modelo de corrupção para favorecer o esquema de apostas não mais existia, mas ainda persistia um sistema de corrupção no qual policiais favoreciam o tráfico de drogas (Mollen, 1994:2).

²⁵⁹ Mollen, 1994:51.

²⁶⁰ Mollen, 1994:51.

mais fortes serão os laços de solidariedade, portanto maior será a força do código do silêncio e a possibilidade de florescer desvios.

Nas audiências públicas conduzidas pela Comissão Mollen, conclui-se que violar o código do silêncio na NYPD constitui uma infâmia que persegue a vida do policial, sendo etiquetado como o “dedo duro”²⁶¹, no qual os demais policiais não podem confiar; significa estar separado da família dos policiais.

Apesar de a maioria dos policiais honestos não desejarem que os policiais corruptos permaneçam no NYPD, a maioria não os delatava, mesmo para crimes mais graves (como tráfico de drogas ou armas), pois havia o receio de que, se um policial delatasse um grande crime, também poderia delatar as pequenas infrações, sendo qualificado como “dedo-duro” e tornando-se potencialmente um pária dentro da instituição.

Na sequência da agressão de Rodney King em Los Angeles em 1991, foi criada uma comissão para inspecionar as práticas do Departamento de Polícia de Los Angeles (LAPD), comissão esta dirigida por Warren Christopher. Em seu relatório, a Comissão Christopher apontou uma série de falhas sistêmicas do LAPD que proporcionavam a reprodução da violência contra cidadãos, tendo indicado o código do silêncio como dos fatores mais relevantes. Conferir trecho do relatório da comissão²⁶²:

[...] dentro desse código [dos policiais] é inadmissível que um policial critique outro policial. Essa crítica é vista como especialmente repreensível se for feita a pessoas estranhas à Polícia. Qualquer crítica que ocorra é mantida sob o controle daqueles que tem autoridade ou influência dentro da instituição. Qualquer dissidente é informalmente punido por ter violado o código, com a aprovação dos outros policiais.

Inúmeros outros estudos têm documentado a presença do código do silêncio entre policiais²⁶³.

²⁶¹ Interessante observar como normalmente o jargão policial cria expressões injuriosas para qualificar o policial que delata os colegas. Em Nova Iorque, usa-se a expressão “rat” (rato): Mollen, 1994:54. Na Austrália, usa-se a expressão “dog” (cão): Fitzgerald, 1989:204.

²⁶² Christopher, 1991:202.

²⁶³ Westley, 1953 e 1970; Stoddard, 1968; Ferdinand, 1980; More e Wegener, 1990; Crank, 1998: cap. 15; Weisburd *et al.*, 2001; Kappeler *et al.*, 1998:83-128; Klockars *et al.*, 2006; Skolnick, 1975; Skolnick e Fyfe, 1993:108-112; Walker, 2001:111-112; Bittner, 2003:155-165; Barker e Carter, 1994:45-58; Portelli, 1985:29-34.

O código do silêncio também foi identificado em estudo realizado por Fitzgerald sobre a Polícia australiana. Segundo conclusão desse estudo, o código do silêncio estava fortemente enraizado na cultura policial e significava que um policial não poderia ser criticado por outro policial. Identificou-se que os policiais tendem a querer subtrair suas ações do escrutínio externo, justificando que as ações praticadas no curso de diligências sempre são praticados no interesse da atividade policial. Fitzgerald formulou o código nos seguintes termos: “O código policial efetivamente exige que se pressuponha que o que quer que tenha sido feito por um policial tenha ocorrido legitimamente no cumprimento de seu dever”²⁶⁴.

Pesquisa de Ivković e Shelley, 2008, concluiu que mais da metade dos policiais da República Tcheca não denunciariam um colega por aceitar regularmente presentes de comerciantes em datas festivas, exercer atividades irregularmente de segurança privada nas horas vagas, ou ainda aceitar refeições gratuitas em restaurantes ou descontos em lojas, pelo fato de ser policial, indicando que essas atividades ilegais são claramente vistas como normais, e, portanto, estão claramente protegidas pelo código do silêncio. Por outro lado, cerca de um quarto dos policiais (um percentual bem menor, mas ainda significativo) relataram que não estariam dispostos a denunciar um colega pelo fato dele receber propina de um motorista que cometeu alguma infração, por furtar bens (relógio ou carteira) de uma cena de crime ou ainda aceitar favores de pessoas envolvidas na persecução para permitir sua liberação. Cerca de 40% dos policiais que participaram dessa pesquisa afirmam que não denunciariam um colega por uso excessivo da força durante a prisão de um suspeito de roubo de veículos. Entre os supervisores, os percentuais de não denuncia seriam menores que os policiais de linha, mas ainda significativos: mais da metade não denunciaria o subordinado por receber presentes regularmente em datas festivas, cerca de 40% não denunciaria o subordinado por trabalhar irregularmente em atividades de segurança privada ou receber refeições gratuitas ou descontos em lojas e cerca de 30% não denunciaria o uso excessivo de força na prisão de um ladrão de carros. Nessa pesquisa, verificou-se que os pontos de maior divergência de posições entre policiais de linha e supervisores ocorre em relação às condutas de receber refeições gratuitas ou descontos, receber presentes de comerciantes em datas festivas ou exercer irregularmente atividades de segurança privada.

²⁶⁴ Fitzgerald, 1989:202. Na Austrália, ver ainda Wood, 1997.

Como já referido anteriormente, o grande escândalo de violência policial na Noruega na década de 80, gerou uma sequência de conflitos entre investigadores sociais que procuravam demonstrar a ocorrência da violência policial e seu acobertamento recíproco e a retaliação dos Departamentos de Polícia e sindicatos de policiais, com ações judiciais contra os pesquisadores²⁶⁵. Esse conflito chegou a ser apreciado pelo TEDH, o qual concluiu: “as investigações indicam que uma pequena minoria de policiais praticou a maioria dos incidentes de abuso de autoridade e puderam continuar porque as exigências de ‘lealdade’ são muito fortes dentro da Polícia”²⁶⁶.

Pesquisa semelhante foi conduzida no Reino Unido por Westmarland, com índices de não delação substancialmente menores, mas, mesmo assim, com uma considerável diferença entre aquilo que os policiais consideravam como uma falta funcional e sua predisposição em efetivamente denunciar tal falta de um colega²⁶⁷.

De forma bem mais ampla, Klockars, Ivković e Habermeld organizaram pesquisa documentando a extensão do código do silêncio em diversos países do mundo (Áustria, Quebec, Croácia, Inglaterra, Finlândia, Hungria, Japão, Holanda, Paquistão, Polônia, Eslovênia, África do Sul, Suécia e EUA). Sua conclusão é eloquente²⁶⁸:

Talvez a descoberta mais dramática que emerge do exame do contorno da integridade é relativa à presença em todo o mundo do código do silêncio. Em 5 dos países, nenhum dos 11 incidentes descritos na pesquisa seria delatado por um policial aos seus superiores. Em 9 de 14 países, os policiais não estariam dispostos a delatar um colega que teria recebido uma propina em razão de multa de trânsito. Na realidade, em todos os países pesquisados, o policial iria aceitar bebidas gratuitas para desconsiderar o fato de o bar permanecer aberto até após o horário oficial de fechamento, ou ele iria agredir um prisioneiro sabendo que

²⁶⁵ Sobre o tema, ver Bratholm, 2005 e Mathiesen, 1989.

²⁶⁶ TEDH, caso *Nilsen e Johnsen vs. Noruega*, Acórdão n. 23118/93, 25 nov. 1999.

²⁶⁷ Westmarland, 2005. Por exemplo, no âmbito das infrações “normalizadas”, cerca de 65% dos policiais entrevistados considerou que manter um negócio de segurança privada não era algo sério, 28% não considerou sério receber regularmente refeições de comerciantes, ou e mais de 50% não considerou muito sério receber presentes em datas festivas cerca de 37% relataram que não denunciariam um caso desses à Corregedoria. Já no âmbito das infrações vistas como sérias, em relação ao ato de auxiliar um colega policial que se envolveu em um crime (direção embriagada), cerca de 92% sabiam que isso era errado, mas apenas 66% viam isso como algo muito sério e apenas 54% afirmando que certamente denunciariam um fato desse e 5% afirmando que certamente não denunciariam. Apesar de os valores dessa pesquisa serem substancialmente menores que o da pesquisa de Ivković e Shelley, 2008, na República Tcheca, indicando que no Reino Unido há uma maior interiorização de valores democráticos, ainda assim se reconhece que mesmo lá não se está livre da lógica da subcultura policial e do seu código do silêncio.

²⁶⁸ Klockars *et al.*, 2004:17.

seus colegas policiais que presenciaram o fato não iriam denunciá-lo. Parece que há poucos lugares no mundo no qual um policial está disposto a denunciar seu colega por aceitar refeições gratuitas, descontos ou presentes em datas festivas.

No Brasil, o estudo de Huggins sobre a violência policial no período da ditadura militar documenta inúmeras situações em que policiais, apesar de supostamente não concordarem com práticas de torturas, assistiam tais atos e não se opunha à sua realização²⁶⁹.

Diversos outros estudos tem documentado o código do silêncio em vários outros países²⁷⁰. Vejamos a seguir.

1.4.3.2 Conceito e razões

O código do silêncio se apresenta concretamente em três níveis: uma predisposição em não denunciar aos superiores algumas infrações tidas como aceitáveis na subcultura policial, ou, quando chamados a testemunha contra o colega, em afirmar que não se recordam dos fatos ou eventualmente em mentir sobre os fatos para acobertar um colega²⁷¹. Assim, acaso seja chamado a intervir como testemunha contra um colega, o código do silêncio censura o policial que fala a verdade, induzindo-o a falsear, ou minorar as consequências do ato ilícito que efetivamente ocorreu. Segundo Fitzgerald, “o efeito prático do código é reduzir, se não quase eliminar, a preocupação com a possível descoberta e punição, como fatores de detenção do desvio policial”²⁷². Assim, esse código informal cria um ambiente de maior liberdade para que os policiais pratiquem as pequenas violações tidas como aceitáveis, e que os demais policiais se sintam constrangidos em denunciarem essas irregularidades (ou tenha uma baixa predisposição a tanto).

A baixa predisposição em denunciar o desvio do colega policial pode ser explicada por quatro razões: o policial não vê o desvio do colega como efetivamente um desvio,

²⁶⁹ V.g., Huggins *et al.*, 2006:190.

²⁷⁰ Para outros estudos específicos sobre o código do silêncio na Europa Oriental, para a República Tcheca e Bósnia Herzegovina, ver Ivković e Shelley, 2008, e para a Croácia, Eslovênia e Hungria ver Ivković *et al.* 2002; Pagon, 2000. Em sua maioria, trata-se de pesquisas quantitativas e qualitativas com policiais, que procuram medir sua predisposição em denunciar atos de ilegalidade praticados por seus colegas. A maioria das pesquisas demonstra que há uma indisposição em delatar o colega, mas os níveis são variados, o que reforça a inexistência de uma única subcultura policial, a qual depende do ambiente concreto e suas nuances para tomar o contorno concreto.

²⁷¹ Sobre a tendência de mentir em depoimentos para acobertar colegas, ver Skolnick, 2002:8; Mollen, 1994:36-43; Fitzgerald, 1989:203-205; Walker, 2001:72 e 111; Barker e Carter, 1994:139-154.

²⁷² Fitzgerald, 1989:202.

já que aprova sua conduta; o policial minimiza as consequências do desvio do colega como um incidente inerente à atividade policial que necessita de proteção pela lealdade policial; o policial tem receio da hostilização interna decorrente de eventual delação do desvio policial; e o policial sabe que o colega não será punido, o que minimiza sua representação de gravidade do desvio²⁷³. Vejamos cada um desses aspectos.

1.4.3.3 Código do silêncio como um produto da subcultura policial

O código do silêncio é um subproduto da subcultura policial, que elogia a bravura e a autonomia de iniciativa. Assim, ele normatiza informalmente um padrão de conduta tido como aceitável, ainda que formalmente contrário às prescrições legais, e recomenda que os colegas não delatem a conduta normalizada. A cultura da bravura exalta o policial que assegura a eficiência de suas ações, especialmente diante de crimes graves. Assim, a cultura policial elogia “driblar” as barreiras legais contra a eficiência policial ou para assegurar o respeito à autoridade policial e exige lealdade dos companheiros para manter essa eficiência da Polícia²⁷⁴. Segundo a expectativa de bravura, se um policial delata a falta de um colega aos superiores demonstra fraqueza e está sendo covarde, além de desleal.

Sobre o tema afirma Skolnick²⁷⁵:

Dado o grande potencial de perigo em seu trabalho, associado com sua autoridade para usar a força para suplantar a resistência, os policiais desenvolvem uma subcultura forte, com suas próprias demandas e expectativas. A lealdade ao companheiro de serviço é uma peça chave da cultura policial, mesmo que envolva eventualmente a criminalidade do companheiro.

Assim, se o policial representa como correto o desvio de seu colega, não tenderá a não delatar ou a proteger seu colega desviante. A assunção do código de silêncio é vista

²⁷³ Outros fatores podem ser indicados como possíveis responsáveis pela omissão na denúncia de ilegalidades cometidas por colegas: receio de complicações com a delação, como falta de conhecimento do processo de apuração, tempo gasto com a delação e com a participação no processo de apuração, dificuldade de contatar supervisores, receio de represálias, descrença no potencial de efetiva punição (tanto na realização da punição, como na sua adequação). Ver Ivković e Shelley, 2008.

²⁷⁴ Nas palavras de Stoddard, 1968:201, comentando o estudo realizado num Departamento de Polícia estadunidense (e válido para aquela cidade e época): “práticas ilegais de policiais são socialmente prescritas e padronizadas através de um ‘código’ informal, muito mais do que são fruto de aberrações individuais ou inadequações pessoais do policial em si mesmo”.

²⁷⁵ Skolnick, 2002:8. Destacando que em sua rotina diária (em um ambiente de auto-proteção “frágil”), o policial conta sobretudo com o companheiro: Mouhanna, 2007:145.

como um ato de lealdade para com os companheiros de trabalho. Pelo processo de socialização policial, essa cultura se perpetua²⁷⁶.

1.4.3.4 Auto-proteção recíproca e o valor da lealdade policial

Ao lado da normalização da conduta irregular, há também a exigência de auto-proteção recíproca. Todas as profissões possuem códigos de proteção recíproca, conhecidos como corporativismo. Contudo, as peculiaridades do trabalho policial (exposição a riscos, imprevisibilidade e potencial de conflito com o público) moldam essas tendências de lealdade de uma forma muito mais intensa²⁷⁷. Em geral, os policiais enxergam a si mesmos como os protetores da sociedade, e perder um colega de valor, em razão de uma falta ocasional, seria algo negativo para a atividade de proteger a sociedade, de sorte que a proteção da falta do colega passa a ser vista como algo positivo para o interesse público²⁷⁸. Ensina-se que a vida do policial está diariamente em risco no exercício de sua atividade, e que para protegê-la é necessário que haja lealdade incondicional recíproca: a máxima de que é necessário proteger o parceiro acaba por ter um valor muito forte no *ethos* ocupacional policial. Quando um policial morre em serviço, isso reforça sobremaneira tais laços de solidariedade²⁷⁹. Além do risco diário da atuação, a atividade policial é especialmente vulnerável a alegações falsas de abuso de autoridade, motivadas por vingança ou retaliação pelas pessoas objeto de sua atuação, ou ainda como estratégia de defesa para arguição de ilicitude de prova; assim, reforça-se a noção de que “a Polícia deve apoiar a Polícia” e não poderiam fazer tal se tivessem que estar sendo constantemente investigados por suas eventuais faltas²⁸⁰. Quando um policial se recusa a colaborar no processo de punição de seu colega, ele recebe reconhecimento por sua lealdade, e cresce em reputação no círculo social dos colegas de trabalho.

Assim, a racionalidade policial parte sempre do pressuposto de que as acusações contra policiais são maliciosas e que é necessário proteger o policial dessas acusações falsas. Presume-se que, se um policial recebe muitas reclamações é porque ele trabalha mais que

²⁷⁶ Stoddard, 1968.

²⁷⁷ Skolnick, 2002:8; Monet, 2006:153; Bittner, 2003:156.

²⁷⁸ Westmarland, 2005, em estudo sobre o código do silêncio no Reino Unido, refere esse encobrimento recíproco como sendo uma “corrupção por uma boa causa”.

²⁷⁹ Crank, 1998: cap. 24.

²⁸⁰ Fitzgerald, 1989:203.

os demais, portanto trata-se de um policial “operacional” e que deve ser mais reconhecido por seu trabalho. Esses policiais “operacionais” são vistos com admiração no interior da corporação e, portanto, acabam gozando de certo beneplácito de seus superiores e companheiros quanto às alegações de abuso que recebem.

Nessa perspectiva, a proteção do colega desviante também é uma proteção potencial à eventualidade do próprio desvio. Como todos os policiais estão diariamente sujeitos a potenciais conflitos com o público, com o risco de algum eventual excesso no uso da força, a proteção de um colega hoje pode configurar a futura proteção de si mesmo, na eventualidade de um deslize. Ou seja, a tolerância do desvio do colega significa a tolerância do eventual desvio próprio. Ainda que se trate de um policial correto, há o risco potencial de se envolver em um incidente de uso excessivo da força e, assim, o código do silêncio representa um círculo de proteção recíproco.

A predisposição em delatar outro policial tende a ser menor quando se trata do parceiro diário de trabalho, ou quando estão em consideração “circunstâncias atenuantes”, como problemas pessoais pelos quais o policial estaria a passar (que teriam motivado a falta de equilíbrio) ou ainda circunstâncias concretas do desvio (como a gravidade do crime ou a provocação do criminoso)²⁸¹. Como se presume que o público em geral não tem condições de compreender as condições extremas nas quais o trabalho policial é executado, a cultura da proteção recíproca faz com que os policiais sempre tenham uma “desculpa pronta” para a eventualidade de algum colega praticar algum desvio, encobrindo-se reciprocamente²⁸². Também se privilegiam métodos informais de resolução da falta, como apenas uma repreensão verbal ao invés de um processo administrativo, ou uma ordem para desfazer uma ação indevida ao invés da efetiva responsabilização. Essa pseudo-fraternidade oculta, em verdade, uma falta de profissionalismo que coloca em risco a legitimidade da atuação policial²⁸³.

²⁸¹ Indicando a tendência de minimização do desvio policial, em pesquisa focal com policiais civis cariocas: Lembruger *et al.*, 2003:82-84.

²⁸² Mollen, 1994:59. Lemgruber *et al.*, 2003:106.

²⁸³ Muitas vezes essa solidariedade obrigatória é sacramentada por regras formais, que exigem que se minimizem os arranhões à imagem pública da instituição como um valor institucional formalmente exigível. Paixão *et al.*, 1992:78, ilustram esse ponto com uma transgressão militar usual da PM: “concorrer para a divulgação, através da imprensa falada, escrita e televisionada, de fatos ocorridos na repartição, suscetíveis de provocar escândalos e desprestigiar a Organização Policial”.

O código do silêncio envolve o policial em uma bola de neve da qual ele acaba tendo sérias dificuldades de se libertar: ele não denuncia para não violar o código; mas se terceiros denunciam, ele já está atado ao compromisso do segredo, pois já violou seu dever de denunciar uma arbitrariedade, assim, acaba ficando mais tendente a afirmar que não viu nada ou mentir sobre os fatos²⁸⁴.

1.4.3.5 Sanções informais à delação do desvio policial

A delação de pequenas infrações tidas como normais pela subcultura policial é vista como uma violação do dever de lealdade, que geram punições informais como o ostracismo, o risco de não receber ajuda em um momento de crise nas ruas, ou mesmo ameaças físicas do grupo ou o risco de ser vítima de uma falsa denúncia de abuso de autoridade pelos colegas²⁸⁵. Se a crítica for dirigida a um superior ou à instituição em si, ainda corre-se o risco de ter retardadas promoções ou ser transferido para locais com piores condições de trabalho²⁸⁶. O código do silêncio assume um caráter normativo, tal qual a lei, mas não escrito²⁸⁷.

Há um conflito de expectativas: a cultura policial espera lealdade, mas as normas internas exigem que haja denuncia imediata. Considerando que a violação às regras da cultura policial gera sanções informais certas e imediatas e a violação às regras internas pode não gerar qualquer sanção (se o fato não for descoberto ou não houver prova robusta de que o policial efetivamente teve conhecimento da irregularidade e não a delatou), há uma pressão cultural para que o policial não delate os desvios de seu colega²⁸⁸.

Outra manifestação da lealdade policial é a hostilização que os integrantes dos órgãos de controle passam a receber dentro da instituição²⁸⁹. Eles passam a ser representados pelos demais colegas como traidores da solidariedade institucional, como os “dedo-duros” (“snitches”). Walker relata que em alguns Departamento de Polícia nos EUA, ser lotado na

²⁸⁴ Christopher, 1991:169, colaciona vários casos de policiais que mentiram durante investigações de seus colegas, no LAPD.

²⁸⁵ Sobre as punições informais e perseguições internas pela violação ao código do silêncio: Mollen, 1994:53; Christopher, 1991:170; Fitzgerald, 1989:204; Kappeler *et al.*, 1998:121.

²⁸⁶ Fitzgerald, 1989:205.

²⁸⁷ Skolnick, 2002:7.

²⁸⁸ Skolnick, 2002:12.

²⁸⁹ Na Austrália, ver Fitzgerald, 1989:205. Nos EUA, ver Mulcahy, 1995; Walker, 2001:78. No Brasil, ver Lembruger *et al.*, 2003:101-102.

Corregedoria é uma forma de punição para o policial (e, obviamente, esse critério de seleção dos integrantes da Corregedoria de Polícia não pode produzir um controle interno de qualidade)²⁹⁰. No Brasil, vale relembrar o caso do Corregedor-Geral da Polícia Federal em São Paulo, que foi assassinado em 1998 por investigar crimes praticados por policiais, seguindo-se a intimidação de juízes e Promotores envolvidos no caso²⁹¹. De forma geral, todo órgão de controle externo da Polícia sofre grande hostilização pela Polícia²⁹².

1.4.3.6 Omissão continuada de controle interno do desvio policial

Quanto não há um controle interno efetivo do desvio policial, os próprios policiais sentem-se desestimulados a delatar um desvio ou a testemunharem sua ocorrência.

Quando um Departamento de Polícia é efetivo em punir os desvios policiais, esses desvios passam a ser representados por todos os policiais como faltas sérias, o que naturalmente estimula que os policiais venham a delatar seu colegas que praticam esses delitos (ou minorar a natural resistência em delatar o colega). Por outro lado, se o departamento nunca pune um desvio, esse desvio virtualmente nunca será delatado pelos colegas, pois todos passam a representar que se trata de um desvio aceito pela organização²⁹³. Assim, códigos de ética explícitos podem ser um bom início para efetivamente retirar da área de possíveis dúvidas comportamentos potencialmente irregulares.

A posição institucional dos superiores hierárquicos tem sido indicada como decisiva para a contenção ou proliferação do código do silêncio. Via de regra, o código do silêncio é mais forte entre os policiais de linha, e menos forte entre os superiores (ou entre policiais ocupantes de funções meramente burocráticas)²⁹⁴. Contudo, há estudos que demonstram que os superiores não estão totalmente imunes à participação no código do silêncio, pois também

²⁹⁰ Walker, 2001:78.

²⁹¹ Guimarães, 2008:88.

²⁹² Prenzler, 2009:161. Indicando vários incidentes de retaliação a órgãos de fiscalização da Polícia: Lyra *et al.*, 2004:26-30; Rangel, 2009:96; Guimarães, 2008:81. Essa afirmação comporta ressalvas, pois, de forma geral, tanto a Polícia Militar quanto a Polícia Rodoviária Federal aceitam com maior naturalidade o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, havendo maiores atritos no âmbito das relações do Ministério Público com Polícia Civil e Federal, bem como dentro dessas instituições a posição refratária ao Ministério Público costuma ser mais incisiva entre os Delegados de Polícia que entre os agentes (ver B.A. Machado, 2011).

²⁹³ Com pesquisa sociológica nesse sentido: Klockars *et al.*, 2004:17. Ver ainda Kappeler *et al.*, 1998:206.

²⁹⁴ Weisburd, 2001.

foram socializados na subcultura policial²⁹⁵. Quanto mais marcantes as experiências de cenários violentos no passado recente, mais tendentes serão os policiais em serem complacentes com o uso excessivo da força²⁹⁶. Também os superiores acabam tendo uma tendência de complacência com esses desvios, como sendo um meio inevitável para alcançar a eficiência; essa leniência dos superiores também possivelmente se explica pelo receio de que posturas firmes de atuação sob a legalidade criem índices críticos de ineficiência, recaindo novamente sobre os superiores a responsabilidade da ineficiência. Assim, se os superiores fazem “vista grossa” aos pequenos desvios de seus subordinados, eles estão transmitindo a mensagem de que tais práticas são toleradas e não serão disciplinadas²⁹⁷. Obviamente, quais serão concretamente os desvios tidos como aceitáveis pela subcultura policial e, portanto, cobertas pelo código do silêncio, variam drasticamente de um departamento para outro, estando sujeitas à mesma variação das diversas subculturas policiais.

1.4.3.7 Problemas decorrentes do código do silêncio

Segundo Skolnick, o código do silêncio é problemático pois permite o encobrimento da corrupção, uso excessivo da força e outras formas de abuso de autoridade que corroem a integridade do Sistema de Justiça e as próprias fundações da sociedade democrática²⁹⁸.

²⁹⁵ Wilson, 1968; More e Wegener, 1990; Ivković e Klockars, 2000. Segundo o clássico trabalho de Wilson (*op. cit.*), a forma como os dirigentes de uma instituição policial encaram seu próprio trabalho e as diretrizes que informalmente transmitem aos seus subordinados, molda decisivamente a forma de policiamento (ele classifica em policiamento como guardiões contra o crime e policiamento como prestação de serviço) e a maior ou menor probabilidade de ocorrência do uso excessivo da força nessa atividade (segundo Wilson, a atividade de policiamento como guardiões contra o crime tende a favorecer maior número de desvios). Destacando o risco de os superiores verem como inevitável certo nível de agressividade dos policiais, especificamente quanto ao NYPD, ver Mollen, 1994:49.

²⁹⁶ Ivković e Shelley, 2008, realizaram estudo nas Polícias da República Tcheca e na Bósnia e Herzegovina, concluindo que o código do silêncio sobre abusos policiais está presente tanto entre policiais de linha quanto em seus superiores, mas é mais forte entre os primeiros, bem como a tolerância ao abuso no uso da força é mais forte na Bósnia e Herzegovina, por ser um país com um passado recente de conflitos armados. Isso seria explicado pela antiga tendência de as Polícias servirem aos interesses dos ditadores e a atual exigência de servirem o interesse da população. A experiência de policiamento em áreas de conflito pós-guerra pode não ser muito distinta da experiência em áreas com elevados índices de criminalidade (especialmente quando os próprios policiais representam sua atividade como uma guerra ao crime).

²⁹⁷ Ivković e Shelley, 2008.

²⁹⁸ Skolnick, 2002:8. Indicando o problema do acobertamento de práticas delituosas praticadas por policiais: Muniz e Proença Jr., 2007b:62.

Todos os esforços de reformulação da atividade policial apenas serão efetivos se conseguirem superar a tendência de imunização que o código do silêncio proporciona²⁹⁹.

O código do silêncio atua como um fator de indução do desvio policial. Isso porque, em regra, o desvio policial é testemunhado apenas pela vítima e por outros policiais. Se os demais policiais silenciam-se em levar o fato ao conhecimento das autoridades, ou não colaboram testemunhando sobre os fatos, o que resta é a palavra da vítima contra a do agressor, associado a um conjunto de testemunhos lacônicos de policiais, situação que tende a ser insuficiente para uma condenação (especialmente no âmbito criminal), se não estão presentes outros elementos de prova mais robustos (como provas materiais ou outras testemunhas). Além de dar segurança ao mau policial para praticar o desvio, essa lealdade espúria também acaba por tornar ineficiente os sistemas de repressão (controle posterior) do desvio policial.

A normalização da violência policial também atua como “rito de passagem” para a consolidação de outros padrões de conduta desviante, como a corrupção ou o envolvimento em atividade criminosas, pois as primeiras experiências do policial em cruzar a linha da integridade se dão dentro da violência gratuita³⁰⁰. As situações de violência gratuita como padrão de conduta não são reconhecidas como o padrão geral de atuação dos policiais, mas representam o extremo máximo de um padrão de conduta de tolerância ao desvio e o risco de que a tolerância às pequenas agressões possa evoluir para padrões de desvio tão mais sérios. Huggins documenta como policiais que se envolveram em atividades de grupo de extermínio durante a época da ditadura militar rapidamente passaram a também exercer atividades de corrupção, como envolvimento, como o tráfico e a extorsão, inclusive utilizando de sua violência para ameaçar outros policiais que os investigavam³⁰¹.

Na conclusão da comissão Mollen, “o uso excessivo de tapas no rosto, cassetetes nas costelas e joelhadas na virilha são vistos como realidades na atividade policial”³⁰². A ocorrência de tais situações mais extremas de desvio coloca em questionamento o motivo pelo qual tais policiais não são prontamente delatados pelos colegas, ou seja, reforça o problema da tolerância ocupacional da Polícia à brutalidade ocasional. Quando um policial passa a praticar

²⁹⁹ Klockars *et al.*, 2004 e 2006.

³⁰⁰ Mollen, 1994:47; No Brasil: Lemgruber *et al.*, 2003:42.

³⁰¹ Huggins *et al.*, 2006:162.

atos de violência, ainda que para finalidades que ele acredita moralmente justificadas, ele coloca-se no risco de responsabilização por tais atos ilegais e passa a depender da solidariedade de seus colegas para não o delatarem. Ao ter essa dívida com os colegas, ele mesmo se obriga a ter de respeitar o código de silêncio em relação aos desvios dos outros policiais, o que reforça o ciclo de imunização do desvio policial.

Quando policiais estão acostumados a violarem as regras formais para finalidades construídas em nível organizacional e terem a aprovação e a segurança de proteção dos demais policiais, eles se sentem mais à vontade para novas violações à legalidade diante de novas metas, motivadas por interesses pessoais ou partilhados por um pequeno grupo de policiais³⁰³.

Se o policial não pode delatar o desvio de seu colega, pois já está envolvido em um ciclo de acobertamento de pequenas infrações, isso cria um espaço propício para a não delação também de outras infrações mais sérias, como atos de corrupção. Daí surgem fenômenos desviantes como a normalização da aceitação de pequenas propinas para não atuar diante de determinados desvios, grupos de extermínio, extorsões e até o envolvimento em atividades criminosas seguidas de ações de acobertamento do desvio.

O Código do Silêncio pode ser descrito como o inverso de um sistema transparente: enquanto nesse último todas as ações devem ser relatadas aos superiores e os desvios responsabilizados, naquele primeiro as ações desviantes são reciprocamente encobertas. Em verdade, o código do silêncio é exatamente uma resposta corporativa a ambientes que exijam *accountability*³⁰⁴. Assim, considerando que a *accountability* é um pré-requisito para a democratização das forças policiais, o código do silêncio pode ser visto como um sério empecilho à democratização e aos valores do Estado de Direito³⁰⁵.

³⁰² Mollen, 1994:49.

³⁰³ Sobre o risco de progressivamente o policial realizar uma apropriação da prerrogativa de uso da força para fins pessoais, afirma Westley, 1953:39: “O monopólio da violência delegado à Polícia, pelo Estado, para atingir os fins do Estado, foram apropriados pela Polícia como um bem pessoal a ser usado para finalidades pessoais ou de seu grupo”.

³⁰⁴ Crank, 1998:201.

³⁰⁵ Destacando a relevância da *accountability* na atividade policial para a democratização do Estado, ver: Bayley, 2001; Ivković e Shelley, 2008. Genericamente sobre a relevância da *accountability* policial, ver adiante, na subseção 2.4.1.

1.4.4. Outros desvios policiais

1.4.4.1 Discriminação (*racial profiling*) e discricionariedade não controlada.

Um dos problemas sérios na atividade policial é a partir de estereótipos discriminatórios. O problema da discriminação está intrinsecamente ligado com a ausência de parâmetros objetivos de atuação.

Segundo Bittner, a atuação de policiais em áreas socialmente deterioradas (com elevado número de delitos) tem a pautar-se mais por uma lógica de percepção de riscos que propriamente de reação à culpabilidade³⁰⁶. Surge um espaço na cultura policial para a construção de estereótipos de risco potencial, normalmente associados ao *status* social das pessoas³⁰⁷. Assim, a definição de quem será objeto da atuação preferencial da Polícia está diretamente ligada à percepção de quem integra as classes sociais mais desestruturadas, ou de qual grupo social, étnico ou cultura tem uma maior propensão à prática de crimes. Em outras situações, a postura discriminatória é um reflexo da própria discriminação social disseminada, que se expressa em ações ante o caráter mais concreto da atividade policial³⁰⁸.

Nos EUA o tema é tratado predominantemente no âmbito da discriminação em razão da raça³⁰⁹. Nos EUA, os latinos e negros possuem por volta de 10% de chances de serem submetidos a uma revista pessoal se abordados, contra cerca de 3% de chances para asiáticos e brancos³¹⁰. Conforme conclusão de estudos da *Human Rights Watch*, o fator racial continua a ser uma das principais justificativas da brutalidade policial nos EUA, especialmente contra negros e hispânicos, mas também contra outras comunidades de minorias étnicas³¹¹. Segundo Wacquant, a política estadunidense de tratamento do crime acaba por criminalizar os comportamentos típicos das classes mais desfavorecidas, transformando o Estado providência em um verdadeiro Estado

³⁰⁶ Bittner, 2003:67. Já Monet, 2006:122, afirma que normalmente a Polícia trabalha com a lógica “do suspeito ao crime” que propriamente “do crime ao suspeito”.

³⁰⁷ Reiner, 2004:139.

³⁰⁸ Reiner, 2004:151. Sobre o relacionamento social a partir de estigmas de interação, ver Goffman, 1988.

³⁰⁹ Sobre a persistência desses padrões de policiamento por estereótipos raciais, ver Skolnick e Fyfe, 1993:98-106; Chan, 1997; Skolnick, 2008; Reiner, 2004:149-153; Crank, 1998: cap. 16; Russell, 2000; Cox, 1996:192; Barker e Carter, 1994:247-264; Kappeler *et al.*, 1998:149-164; Holmes e Smith, 2008. Kamisar *et al.*, 2002:93, reconhecem que jovens negros são as vítimas preferenciais dos “erros” do Sistema de Justiça Criminal americano.

³¹⁰ Bobb *et al.*, 2002.

³¹¹ Collins, 1998:2.

penitência³¹². Já no Canadá o problema está com os aborígenes, pois a taxa de prisão destes é dramaticamente mais elevada que a de não-aborígenes³¹³.

Com o advento da “guerra ao terror”, as populações muçulmanas passaram a ser objeto de atuação mais incisiva da Polícia³¹⁴. Diante de ondas maciças de imigrantes para países europeus, a atuação policial em países europeus tem tido um direcionamento para os imigrantes em geral, reforçando sua alteridade e exclusão social³¹⁵. Obviamente, esse direcionamento do controle penal para os imigrantes na Europa não está ligado a fatores inerentes de criminalidade das respectivas etnias, mas ao fato de os imigrantes passarem a ocupar o extrato mais baixo da estrutura social e à sua exclusão social, portanto com mais propensão de apresentarem os problemas mais ordinários de desestrutura social e criminalidade, bem como ao próprio direcionamento preferencial do sistema penal sobre os mesmos, que os torna mais vulneráveis a serem “capturados” pelo sistema penal³¹⁶.

Apesar de o fato raça ser sensível na discussão nos EUA, há ainda outros fatores de risco para a discriminação policial, como a eticidade, cor de pele, idade, gênero, influência religiosa, nacionalidade, classe social, orientação sexual, espécie de crime cometido,

³¹² Wacquant, 1999.

³¹³ Williams, 2002.

³¹⁴ Na Inglaterra, ver Jones, 2008:715. Nos EUA, ver Moeckli, 2008:197 *et seq.* Para uma tentativa de justificação de tais práticas, ver Taylor Jr., 2002. Ainda que os recentes atentados em Utoya, na Noruega, demonstrem que posturas extremistas de intolerância tendentes a ações terroristas não são um defeito exclusivo dos extremistas muçulmanos, mas também de “arianos”...

³¹⁵ Especificamente sobre a atuação policial preferencial sobre os imigrantes, ver Valkeneer e Francis, 2007:122-140; Monclús Masó, 2008:411; Brandariz García, 2008:165; Palidda, 2009. Sobre a maior abordagem de minorias étnicas na Inglaterra e França, ver Monet, 2006:230-234, e especificamente sobre o maior risco de descendentes de árabes serem vítimas de violência policial letal na França, ver Jobard, 2002:133. De forma mais abrangente sobre o direcionamento discriminatório de todo o sistema penal sobre os imigrantes, ver nosso trabalho: Ávila, 2010a.

³¹⁶ No sentido de que a política migratória proibicionista produz exclusão social e criminalização: Seabra e Santos, 2005:121; Brandariz García, 2008:158 e Monclús Masó, 2008:225-350. Para uma visão geral dos instrumentos de seletividade do sistema penal frente aos etiquetados como delinquentes, ver em geral: Baratta, 1999; Figueiredo Dias e Andrade, 1997; Zaffaroni, 1998. Segundo Palidda, o fato de em algumas estatísticas demonstrarem que os imigrantes cometem mais crimes que os nativos não corresponde necessariamente à conclusão de que eles são mais tendentes à prática de crimes, mas sim de que a força de atuação do sistema penal passou a se concentrar prioritariamente sobre os imigrantes e não sobre os nativos. Palidda, 2009:320. Comentando essa afirmação de Palidda, Monclús Masó, 2008:349, também ressalta que em algumas regiões do norte da Itália (mais rica), a pequena criminalidade é praticada em maioria por imigrantes, enquanto na região sul (mais pobre), ainda é praticada pela população autóctone, o que indica que a prática de crimes possui relação com sua posição no estrato social, não com o fato de ser ou não imigrante.

antecedentes criminais, aparência, ligação com grupos culturais “alternativos”, profissão, deficiência física ou mental, origem geográfica (regionalismo) e outros³¹⁷.

Enquanto nos EUA o problema é de raça, na Europa o problema é direcionado aos imigrantes e onde há risco de atentados terroristas ele é direcionado a muçulmanos, no Brasil, o problema deve ser perspectivado sob o critério da discriminação sócio-econômica, enquanto fator predominante de configuração do estrato social mais débil e marginalizado³¹⁸. Segundo Armacost, “não é difícil perceber como a crença de que pessoas com uma ‘má atitude’ são representados como um ataque simbólico à lei em si mesma e acabam por levar os policiais a serem excessivamente agressivos ao lidarem com tais pessoas”³¹⁹. Assim, a representação policial de que os integrantes dos estratos sociais mais baixos são potenciais criminosos direciona sua atuação de forma preferencial para eles, mesmo que não haja concretamente alguma “fundada suspeita” a justificar a intervenção policial e acaba fomentando reações de maior violência contra os mesmos³²⁰. Ademais, o fato de se tratar de pessoas de baixo empoderamento social, de uma cidadania rarefeita, favorece que a Polícia pratique seus desvios, quando em comparação com pessoas dos estratos sociais mais elevados, em relação aos quais o policial já pressupõe que haverá exigência de respeito aos direitos³²¹.

Segundo Mouhanna, o direcionamento massivo da ação policial sobre determinados grupos populacionais decorre da generalização de determinados conhecimentos

³¹⁷ Kappeler *et al.*, 1998:151.

³¹⁸ Nesse sentido, ver genericamente V.R.P. Andrade, 2003:267; Zaffaroni, 1991:40. Ver especificamente França, Le Défenseur des droits, 2012. No Brasil, Lyra *et al.*, 2004:13 fala de uma dicotomia entre “cidadão vs. favelado” no Rio de Janeiro. Todavia, Cano, 2010, argumenta que no Brasil, o fato de ser negro ou mulato acentua a probabilidade de uma pessoa ser alvo de força letal pela Polícia, indicando uma tendência de discriminação racial. Também documentando que negros possuem uma maior representação de serem vítimas de violência policial: M.S.G. Porto, 2001:38; Bandeira e Suárez, 2001. No mesmo sentido, o art. 53 da Lei n. 12.288/2010 dá uma diretriz de obrigação estatal de adoção de medidas para se coibir a violência policial contra a população negra. Todavia, cremos que o fator mais relevante é o de essas vítimas serem a maioria nas classes subalternas (nesse sentido: Lemgruber *et al.*, 2003:40), ainda que dentro dessas classes subalternas certamente os negros e mulatos tem maior probabilidade de sofrer a discriminação policial. Analisando que quando brancos integram as classes baixas também passam a sofrer um risco mais incrementado de sofrerem a violência policial: Holmes e Smith, 2008:146. Segundo A. Oliveira, 2007:213, o Brasil ocupa o 167º lugar no ranking da desigualdade. Misse, 2006:285, fala da deterioração da solidariedade e da emergência do “fantasma da suspeita” enquanto fator predominante na interação com a população urbana pobre.

³¹⁹ Armacost, 2004:517.

³²⁰ Segundo Westley, 1953:40: “Discriminações quanto ao público estão normalmente ligadas ao poder político do grupo, ao grau em que a Polícia acredita que o grupo é de potenciais criminosos e o tipo de tratamento que a Polícia acredita que irá garantir-lhe respeito deles”. No Brasil, ver A. Oliveira, 2007:212.

³²¹ Paixão *et al.*, 1992:82, indicando uma dicotomia de padrão de atuação policial diante de “criminoso pobre” e “criminoso rico”.

adquiridos no campo de atuação, associados à grande discricionariedade que em termos práticos gozam os policiais para realizarem suas atividades³²². Com efeito, uma regulamentação legal lacônica dos pressupostos de fato da intervenção policial acaba concedendo à atividade policial um largo espectro de discricionariedade³²³. Muitas das atividades exigem racionalidades complexas diante das peculiaridades da situação concreta, que seriam muito complexas de serem regulamentadas *ex ante*. Nessas situações, as normas administrativas que regulamentam a matéria são vagas e abrem uma grande margem de discricionariedade para o agente eleger se deve agir e como agir. Segundo Armacost, a maioria das situações que envolvem encontros conflituosos entre Polícia e cidadão ocorre a partir de decisões tomadas não com um quadro normativo claro, mas a partir de normas abertas e discricionárias, que acabam por permitir que as normas informais da cultura policial de rua sejam os critérios decisivos da abordagem³²⁴. Quando os policiais percebem que determinado grupo social apresenta maior incidência de crimes, passa a desconsiderar critérios objetivos de “fundada suspeita” e direciona de forma preferencial suas abordagens a integrantes desse grupo, como se ser um integrante do grupo já fosse, por si só, um fator de suspeita.

Quando a Polícia cria os estereótipos de criminalidade, ela passa a abordar de forma mais intensa as pessoas que se enquadram nesse estereótipo. Pelo fato de serem mais abordados que os demais cidadãos, há naturalmente uma maior probabilidade de se constatarem mais situações de ilícitos criminais com as pessoas integrantes do estereótipos que em comparação com os demais cidadãos que não são tão abordados³²⁵. Assim, a própria criação do estereótipo de delinquente fragiliza a situação dessas pessoas perante o poder punitivo, que passa a ter mais facilidade em enxergá-las como culpada, nas várias brechas de discricionariedade do direito penal e do processo penal. Esse fenômeno replica o que *labeling approach* denominou como *profecias que se cumprem a si mesmas*: a partir do estereótipo de delinquente, confirma-se efetivamente que há crime (apesar de também haver crimes em outros locais). Como argumenta Figueiredo Dias e Costa Andrade, quando se coloca sobre alguém o rótulo de desviante, se

³²² Mouhanna, 2007:144.

³²³ Brown, 1981:97.

³²⁴ Armacost, 2004:512.

³²⁵ Analisando o problema na perspectiva dos imigrantes na Europa: Palidda, 2009:319; Brandariz García, 2008:184; Seabra e Santos, 2005:120; Monclús Masó, 2008:411. No Brasil, em pesquisa empírica, demonstrando que a rotina de trabalho policial cria estereótipos de suspeitos e, diante de uma notícia de crime concreta, passa a

“potencia a distância social em relação ao delinquente, estreitando a sua margem de oportunidades legítimas e induzindo a procura de oportunidades ilegítimas”³²⁶.

Em outras situações, há uma discriminação passiva, na qual a Polícia deixa de atuar após chamadas efetuadas por grupos minoritários ou excluídos ou minora a gravidade dos crimes sofridos por tais segmentos discriminados³²⁷. Nessa situação, a discriminação se transforma em omissão.

O direcionamento preferencial da atuação policial sobre determinados segmentos sociais coloca sérios problemas sobre a equidade na atuação policial, pois uma atuação fundada em fatores raciais ou sociais constitui uma séria violação ao princípio da igualdade, especialmente quando um discurso judicial *racially neutral* de admissão das diligências policiais acaba por legitimar as atuações policiais fundadas em percepções subjetivas sobre os fatores de raça³²⁸. Passa-se a criminalizar o que a pessoa é, e não o que a pessoa fez. Isso gera sérios riscos de erosão dos valores democráticos, pois a discriminação por instituições públicas cria uma classe de “não-cidadãos”, ou cidadãos de segunda categoria, pessoas às quais são negadas as garantias ordinárias do devido processo legal e que passam a ser percebidas como inimigos da ordem pública³²⁹. A normalização da discriminação institucional potencializa a desagregação social, ao dissolver os vínculos de solidariedade e potencializa outros conflitos sociais³³⁰. O tratamento desigual dos cidadãos pela Polícia é uma forma enviesada de reduzir a segurança pública de uns em nome do suposto incremento da segurança de outros, violando-se, assim, um princípio de justiça distributiva: há uma distribuição desigual da própria segurança

abordar esses “suspeitos de sempre” para procurar confissões e esclarecer o crime (especialmente no caso de autores habituais de furtos): Paixão *et al.*, 1992:79.

³²⁶ Figueiredo Dias e Costa Andrade, 1997:352.

³²⁷ Kappeler *et al.*, 1998:152. Eles também destacam o problema da discriminação dentro dos próprios Departamentos de Polícia, quando grupos minoritários que passam a integrar a Polícia são designados para áreas mais turbulentas e menos privilegiadas, e ainda são relegados nas promoções. Destacando o problema no Brasil, ver A. Oliveira, 2007:224-7.

³²⁸ Ver discussão em Jones, 2008:715; Thompson, 1999.

³²⁹ Sobre o direito penal do inimigo, ver comentários abaixo, na subseção 1.6.2. Sobre os pontos de aproximação entre o direito penal do inimigo e as teorias do estado nacional-socialista, ver Greco, 2005:235.

³³⁰ Nesse sentido, Kil *et al.*, 2009, analisam como a brutalização de oficiais de Polícia nas fronteiras para tratarem de imigrantes clandestinos passa a influenciar o comportamento das demais agências de aplicação da lei e também da população em geral. A normalização da discriminação também fomenta os crimes de ódio (*hate crimes*); ver Goodey, 2009.

pública, expondo-se alguns a maiores riscos de intervenção violenta do Estado³³¹. Ademais, ao não respeitar a comunidade, a Polícia passa a não ser respeitada, criando uma crise de legitimidade em sua atuação.

O Departamento de Justiça dos EUA possui recomendação aos Departamentos de Polícia para que haja diretrizes assegurando uma não atuação discriminatória³³². Por exemplo, uma das direções dadas pelo *consent decree* no caso *USA vs. LAPD* (2001) foi o de que seria absolutamente vedada a realização de diligências investigativas e abordagens com fundamento exclusivo na raça, etnia ou nacionalidade e, ainda que um suspeito tenha sido descrito com base nessas características, as abordagens não deveriam guiar-se exclusivamente com fundamento nesses critérios, mas necessariamente associados a outros critérios concretos que permitam aferir a razoabilidade da medida (item 103 do *consent decree*). Por exemplo, o simples fato de uma pessoa negra ter sido apontada como autora de um furto não justifica que todas as pessoas negras que estão numa região sejam submetidas sistematicamente a revistas pessoais, sem outros critérios concretos.

Finalmente, a abertura de largas margens de discricionariedade não regrada retira o aspecto da estabilidade de expectativas, e portanto de segurança, nas interações entre cidadãos e Polícia. Criam-se, assim, micro-brechas de arbitrariedades. O policial é condicionado por esse amplo espaço de discricionariedade e a ter a liberdade de impor coativamente as soluções que ele, subjetivamente, entende mais corretas para a diversas situações concretas que lhe são cotidianamente apresentadas. Esse condicionamento pode evoluir para padrões de desvio ao permitir que o policial imponha suas soluções idiossincráticas, mesmo sem qualquer amparo legal, e esteja condicionado a usar a força diante das eventuais resistências. Portanto, largos espaços de discricionariedade também são uma fonte de insegurança no relacionamento do cidadão com autoridades policiais³³³.

³³¹ Nesse sentido, ver opinião de Waldron, 2010:142: “Algumas ações pelas quais o Governo promove a segurança pode, com efeito, comprometer a segurança de alguns membros da população. Quando um governo atira à primeira vista naqueles nos quais ele suspeita de possível participação em ataques terroristas, então as pessoas que encaixam-se de forma mais próxima do perfil de possível terrorista estarão muito menos seguros contra ataques mortais que outros membros da sociedade (comparando-se as perspectivas de ataques mortais pelo governo e ataques mortais por terroristas)”. Sobre os problemas da distribuição desigual dos ônus da promoção da segurança pública, ver discussão abaixo, na subseção 2.1.4.

³³² Ver recomendação em Reno, 2001:15.

³³³ Para uma discussão mais profunda do tema, ver comentários adiante, na seção 2.3.

1.4.4.2 Corrupção policial

A corrupção não é fenômeno exclusivo da Polícia, abrange toda área possível da Administração Pública (aliás, também há a corrupção privada). No âmbito da Justiça, infelizmente não são raras as denúncias de corrupção também contra juízes e membros do Ministério Público³³⁴.

A quantificação da corrupção é uma pesquisa sempre complexa, ante a natural baixa notificação desse delito, por se tratar de um crime sem vítima que ainda conta com a ativa colaboração do beneficiário. O melhor instrumento de estimativa da ocorrência desse desvio são as pesquisas de vitimologia ou de percepção. Segundo dados da *Transparency International*, o Brasil, no ano de 2010, teve nota 3.7 na percepção da população sobre a corrupção no setor público, tendo ficado na posição n. 69 no ranking internacional, atrás de países como Ruanda, Tunísia, Cabo Verde e Botswana. Para 64% dos brasileiros, a corrupção cresceu nos últimos 3 anos. Segundo a mesma pesquisa, os brasileiros entendem que a Polícia está afetada pela corrupção em nível 3,8 (em uma escala de 1 como nada corrupta e 5 como extremamente corrupta), sendo a terceira instituição percebida como mais corrupta no Brasil (após os partidos políticos e o Poder Legislativo, mas seguida logo após pelo Poder Judiciário e pelos demais servidores públicos). Conclui a pesquisa que “a Polícia é identificada como a instituição mais frequente a receber propinas nos últimos 12 meses. A Polícia também teve o maior acréscimo em incidentes de propina no tempo, de acordo com a maioria do público entrevistado”³³⁵. Pesquisa no Rio de Janeiro do ano 2000 documentou que 7% dos entrevistados conheciam ao menos uma pessoa que havia sido vítima de extorsão policial nos últimos 12 meses³³⁶. Na conclusão de

³³⁴ A título de exemplo, ver decisão do STF de 02 mar. 2011, afastando desembargador do TJ/BA de suas funções por envolvimento em atos de corrupção. Notícia disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173317>>. Acesso em: 8 mar. 2011. A Operação Hurricane da Polícia Federal demonstrou que havia uma máfia do jogo de bingo com infiltrações nos Tribunais para o deferimento de liminares (com suspeitas de infiltração no próprio STJ). O ex-Procurador-Geral do MPDFT foi afastado de suas funções em 2010 por suspeita de envolvimento em esquema de corrupção no Governo local.

³³⁵ Transparency International, 2010.

³³⁶ Lemgruber *et al.*, 2003:42.

Lemgruber, “a corrupção constitui a marca registrada das nossas Polícias”³³⁷. Não apenas aqui, mas em todo o mundo há problemas de corrupção policial³³⁸.

Existem vários níveis de corrupção policial. Há o baixo nível, correspondente a obter refeições gratuitas (situação denominada na literatura criminológica de *grass-eater*) ou receber presentes de comerciantes para implicitamente favorecer o policiamento no local. Há os níveis intermediários, como receber valores para favorecer a não prisão de suspeitos ou praticar pequenos furtos no exercício da função (de bens que estão na cena do crime ou na posse da pessoa abordada), ou mesmo os níveis mais elevados como engajar-se diretamente no favorecimento do crime organizado para receber vantagens econômicas (especialmente o tráfico de drogas, mas também no jogo do bicho, caça níqueis, favorecimento da prostituição e outras atividades criminosas potencialmente lucrativas), situação descrita na literatura criminológica como *meat-eater*, ou o “policial predador”³³⁹. Há a corrupção destinada à própria Polícia, como a exigência de comerciantes de doações para serem usadas para aquisição de combustível para as viaturas, que abrem caminho para que, num segundo momento, evoluam para a apropriação pessoal das pequenas doações (como suposta resposta à falta de aumento salarial)³⁴⁰. No caso de policiais rodoviários ou de trânsito, há o risco de receberem propina (em espécie ou eventualmente *in natura*) para dispensarem a fiscalização no veículo, acordos com empresas de transporte de cargas para assegurarem livre trânsito, ou ainda troca de favores entre policiais para liberação de veículos ou abonoamento de multas. Os estudos indicam que a corrupção “por uma boa causa” sempre tende a evoluir para outros atos de corrupção mais graves³⁴¹.

Há diversas formas de corrupção policial, que vão desde a negligência de atuação, até a extorsão, participação em roubos e esquadrões da morte³⁴². Em determinadas

³³⁷ Lemgruber *et al.*, 2003:41. Eles indicam pesquisa focal com policiais civis cariocas, onde se documenta uma tolerância institucional à pequena corrupção policial, como mera expressão de uma falha ética generalizada na sociedade (*ibidem*: 82-84).

³³⁸ Ver Punch, 2009; Prenzler, 2009; Dixon, 1999, Newburn, 1999; J. Silva, 2005:225-340; Klockars *et al.*, 2004 e 2006; Cox, 1996:182 *et seq.*; Malarino, 2004:163; Miller e Blackler, 2005:111-140; Ivkovic, 2002. Zaffaroni, 1991:138, fala de uma atuação policial com um “discurso externo moralizante” e uma “prática interna corrupta” institucionalizada.

³³⁹ Punch, 2009:20-23.

³⁴⁰ Prenzler, 2009:

³⁴¹ Miller e Blackler, 2005:125. Marimon, 2009:218, indica que usualmente os crimes graves são praticados por policiais com mais de 18 anos de carreira, o que indica que são policiais que tiveram tempo para progredir na “carreira criminosa”.

³⁴² Skolnick, 2002:8. Palmiotto, 2005:285.

situações, os policiais são “cooptados” por políticos locais ou estaduais e passam a ter uma atuação guiada por finalidades políticas, favorecendo o grupo no poder (ou de oposição) e perseguindo o grupo rival³⁴³. Um dos problemas da corrupção é que é possível que uma ação aparentemente legal (oportuna e apropriada) esconda, na verdade, intenções de favorecimento pessoal³⁴⁴. Segundo Skolnick, relatando caso ocorrido no NYPD, uma das formas de corrupção policial é apropriar-se de parte do produto do crime quando da autuação em flagrante do criminoso. Por exemplo, ao invés de levar ao Departamento de Polícia toda a droga apreendida, os policiais podem levar uma parte da droga (para justificar a prisão) e ficar consigo com outra parte da droga (para posterior comercialização ilícita)³⁴⁵. Em outras situações, o policial simplesmente solicita valores para liberar uma pessoa presa em flagrante, eventualmente utilizando-se da intermediação inclusive do advogado para tanto³⁴⁶.

Fitzgerald também destaca o risco de obtenção de vantagens ilícitas de comerciantes legais, que poderiam ter suas atividades fiscalizadas pela Polícia e eventualmente autuadas se houvesse o cometimento de alguma violação³⁴⁷. Conforme Palidda, em tempos de proibicionismo, há uma maior tendência de que agentes das forças policiais tomem proveito próprio da situação de ilegalidade criada pela proibição para obter vantagens ilícitas, como proibições de permanência de imigrantes irregulares, proibição de prostituição, proibição de comércio de bens e outras, mediante uma ação de “fazer vista grossa” a essas atividades pela fiscalização policial³⁴⁸.

A atividade policial é especialmente vulnerável à prática da corrupção. Os policiais de investigação devem em sua atividade rotineira misturar-se com informantes, que estão participando de atividades criminosas ou que podem ter informações sobre essas atividades. Diante das atividades altamente lucrativas que esses criminosos estão a praticar e do risco de

³⁴³ Punch, 2009:28, denomina essa situação de “dominação estatal da Polícia”. Ver ainda Prenzler, 2009:23; Kappeler *et al.*, 1998:203. Sobre a influência do poder político na Polícia brasileira, ver ainda Guimarães, 2008:86 e M.M. Barbosa, 2011:20.

³⁴⁴ Nesse sentido, Muniz e Proença Jr., 2007b:6.2: “Isto significa dizer que podem ocorrer modalidades ou práticas corruptas que não violem de forma explícita o mandato policial, pois se colocam e se beneficiam de lacunas, brechas e intervalos comuns e frequentes entre contornos, alcance e âmbito dos mandatos policiais concretos”.

³⁴⁵ Skolnick, 2002:13.

³⁴⁶ Narrando casos de corrupção policial da Polícia Civil de São Paulo, realizada através do advogado, ver pesquisa etnográfica de Minguardi, 2001:63. Para relatos na Polícia Civil do Rio Grande do Sul, v. Marimon, 2009:210.

³⁴⁷ Fitzgerald, 1989:203. Sobre a questão das pequenas gratuidades, v. também Prenzler, 2009:40. Especificamente sobre as diversas formas de corrupção na polícia carioca, v. A.A. Nascimento, 2011.

³⁴⁸ Palidda, 2011:16.

serem presos, esses criminosos tem tudo a perder e possuem muito a oferecer. Assim, um policial de investigação está exposto diariamente à “máxima tentação”³⁴⁹. A atividade policial possui baixa visibilidade, sendo que a maioria das ações é realizada de forma individual ou aos pares, ou seja, longe da fiscalização ostensiva dos supervisores ou dirigentes da organização. Especialmente no âmbito da Polícia Civil brasileira, há uma cultura de se incentivar a discricionariedade dos investigadores e não estabelecer mecanismos de controle de quais são as atividades concretas que eles estão realizando³⁵⁰.

Segundo Fitzgerald, um dos riscos mais sérios de corrupção policial é a ausência de controle sobre os contatos feitos entre os policiais e seus informantes³⁵¹. Policiais normalmente alegam que não podem revelar a identidade de seus informantes nem ser controlados nesses contatos, pois isso dificultaria a obtenção de novas informações. Em determinadas situações, um policial ter acesso a informações do informante de outro policial passa a ser representado como uma falta ética, uma invasão das ferramentas de trabalho do outro policial, o que dificulta qualquer espécie de controle possível³⁵². Surge assim um ambiente propício para a realização de negociações informais entre o policial e seu informante, como a troca de autuações em flagrante por informações sobre outros criminosos maiores. Com a normalização na cultura policial da possibilidade de não autuar em flagrante um informante para obter informações sobre outros crimes, e sem qualquer controle interno ou externo, abre-se a porta para a realização de outras espécies de negociações entre o informante e o policial, como eventualmente a partilha de vantagens ilícitas. Mais adiante, esse tipo de associação pode eventualmente favorecer a associação para a obtenção conjunta de vantagens ilícitas, protegendo um grupo criminoso e reprimindo apenas os criminosos concorrentes³⁵³. Em situações mais

³⁴⁹ Fitzgerald, 1989:202.

³⁵⁰ Lemgruber *et al.*, 2003:70.

³⁵¹ Fitzgerald, 1989:202.

³⁵² Bittner, 2003:159, indicando que ter um informante é representado na cultura policial como uma vantagem pessoal do policial, o que dificulta a própria atividade de inteligência como um todo.

³⁵³ Fitzgerald, 1989:203. No Brasil, tais informantes são conhecidos na gíria policial como “cagoetes”; documentando a prática de troca de favores entre policiais e cagoetes (como evitar a prisão do cagoete por um crime menor) para obtenções de informações para prender autores de crimes mais graves: Paixão *et al.*, 1992:80. Documentando o uso dos informantes, ver ainda Hagen, 2006:158.

graves, os policiais podem eles mesmos se engajarem na prática de atos criminosos como, por exemplo, sequestrar criminosos e exigir um resgate de seus companheiros³⁵⁴.

Segundo conclusão da comissão Knapp, nos anos 1970, a corrupção floresce em razão de quatro causas: o caráter do policial, a atividade concretamente exercida pelo policial (v.g., um agente infiltrado para investigar o tráfico de drogas possui maior probabilidade de se corromper que outras funções policiais), a área de atuação do policial (áreas socialmente degradadas favorecem desvios pelos policiais), e a posição hierárquica do policial³⁵⁵. Essas razões estão ligadas à normalização da prática de atos de violência fora do parâmetro legal, pois ela proporciona uma normalização do desvio e a sedimentação de uma cultura de acobertamentos, que favorece a mutação do desvio policial para outras formas mais graves, como o envolvimento direto em atividades criminosas para obtenção de vantagens pessoais. Nessa perspectiva, corrupção e violência policial são irmãs gêmeas, pois têm origem na mesma cultura policial de normalização de pequenos desvios para obtenção de outras finalidades que não as estritamente legais, na usual ausência de controles e largos espaços de discricionariedade³⁵⁶.

Outra manifestação muito usual de corrupção dos valores policiais no Brasil é a chamada carteirada, na qual um policial, mesmo fora do exercício da função e sem qualquer ordem de missão concreta, utiliza-se de sua identificação funcional para ingressar gratuitamente em cinemas, casas de festas, apresentações musicais ou jogos desportivos, sem o pagamento do ingresso, sem ter que aguardar na fila, ou, em alguns casos, até indo a restaurantes a exigindo que não haja o pagamento da conta. Alguns policiais chegam a argumentar abertamente que isso seria uma prerrogativa policial, mas na verdade, trata-se de uma grave deturpação dos valores republicanos, numa clara apropriação pessoal de prerrogativas do cargo que deveriam ser utilizadas para o interesse público. Esse tipo de ausência de distinção entre pessoal e profissional

³⁵⁴ Ver o caso de um policial militar da tropa de elite da PMSP que praticava extorsão mediante sequestro (seguidos de execuções dos reféns) em São Paulo (reportagem do Jornal Nacional disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=Uqfzgm8yi6A>>; acesso em 23 jun. 2012). Ver também o caso do megatraficante Juan Carlos Ramirez Abadía, no qual policiais civis de São Paulo, em associação com outros traficantes colombianos rivais, sequestraram companheiros desse traficante e exigiram resgate.

³⁵⁵ Comissão Knapp, 1972. Sobre a atualidade dessas conclusões, ver Palmiotto, 2005:286. Sobre o risco de corrupção na investigação do tráfico de drogas: Miller e Blackler, 2005:126.

³⁵⁶ J. Silva, 2005:254. Sobre a configuração organizacional do risco de corrupção em um Departamento de Polícia, e, portanto, a necessidade de soluções também organizacionais, ver Klockars *et al.*, 2004:7-17.

acaba sendo uma porta aberta a outros atos de corrupção. A carteira policial deve ser considerada como forma de abuso de autoridade (art. 4º, “h”, da Lei n. 4.898/1965)³⁵⁷.

1.4.4.3 Omissões

Outra forma de desvio policial consiste na omissão reiterada de cumprir seu dever e de prover a segurança pública ou de efetivamente investigar os desvios que lhe são noticiados. Quando há uma omissão sistêmica, há uma progressiva perda da confiança da população na instituição policial, que acaba gerando perdas significativas de colaboração popular, essencial ao sucesso de muitas das intervenções policiais. Essa perspectiva pode ser reconhecida, por exemplo, na decrescente taxa de comunicação de crimes à Polícia. Segundo Guimarães, referindo-se a pesquisa realizada no ano de 2002, somente 27,1% das vítimas de crimes dos últimos cinco anos comunicaram o crime à Polícia, e 59% das pessoas informaram terem mais medo do que confiança na Polícia brasileira³⁵⁸. Em 2012, esse percentual de ausência de confiança na Polícia foi de 62%, sendo que 53,3% dos entrevistados consideram as Polícias Militares lentas ou ineficientes no atendimento de emergências pelo telefone 190 e metade dos brasileiros considera que a Polícia Civil não é eficiente³⁵⁹. Segundo Lemgruber, em 1996, a Polícia Civil do Rio de Janeiro não esclareceu 90% dos homicídios que lhe foram comunicados nos últimos dois anos³⁶⁰. Ainda acrescenta que as Polícias brasileiras tem uma baixa qualidade na armazenagem e análise das informações que produzem. O índice de esclarecimento de homicídios é de aproximadamente 5% a 8%³⁶¹. A maioria dos crimes graves esclarecidos pela Polícia Civil decorre de autuações em flagrante delito realizadas pela Polícia Militar, nas quais o delineamento da investigação já se encontra relativamente pronto pela própria situação de flagrante (a certeza visual do crime), de sorte que o índice de crimes graves efetivamente esclarecidos por ação exclusiva da Polícia Civil é extremamente baixo. A baixa integração entre

³⁵⁷ Documentando e opondo-se a essa prática, v. V.C. Coimbra, 2011; A. Machado, 2011; C.D.F. Lins, 2011. Um artigo pseudo-jurídico escrito por delegado de polícia defendendo a prática: F.L. Queiroz, 2011. Sobre sua configuração criminal, v. MPF, Decisão n. 009/2008-VF/ MPF/PRDF.

³⁵⁸ R.R.C. Guimarães, 2008:20.

³⁵⁹ IPEA, 2012.

³⁶⁰ Lemgruber *et al.*, 2003:35. Também indicando níveis alarmantes de ineficiência na investigação de crimes pela Polícia Civil carioca: Lyra *et al.*, 2004:61 *et seq.* Em geral, sobre a ineficiência da Polícia como causa de impunidade, apontando a necessidade de conclusão do "ciclo de investigação" entre Polícia Militar e Civil, ver Lazzarini, 1999:85-97.

³⁶¹ ENASP, 2012:22.

Polícia Civil e Militar (eventualmente até a competição entre as instituições) prejudica o esclarecimento dos crimes com potencial de solução.

A omissão e incompetência policiais não existem apenas no Brasil. A comissão Knapp, em Nova Iorque, verificou que em bairros com elevadas taxas de criminalidade havia o hábito de policiais ficarem em bares bebendo durante o serviço³⁶². O caso “Dutrox” da Bélgica (1995-1996) é também um exemplo de incompetência sistêmica. Esse caso envolveu um pedófilo que sequestrava, estuprava e cometia o homicídio de várias crianças; houve falhas sérias na investigação do caso, uma ineficiência sistêmica que acabou por não permitir o resgate com vida de duas crianças, em situação que a informação permitiria uma atuação adequada. Segundo Punch, esse foi um caso de falência sistêmica: o sistema mostrou-se totalmente inapto a dar uma resposta minimamente satisfatória às expectativas sociais³⁶³.

A omissão policial pode ser explicada pois dois fatores organizacionais: uma cobrança institucional para evitar conflitos com o público em locais violentos e a ausência de mecanismos de controle da ineficiência. Tais fatores podem gerar uma pressão institucional para uma postura de inatividade como estratégia defensiva contra os eventuais ataques das pessoas submetidas à abordagem policial³⁶⁴. Reiss Jr. documenta situações em que os policiais dirigem-se

³⁶² Knapp, 1972:146. Ver ainda Prenzler, 2009:18.

³⁶³ Especialmente a não documentação e não repasse de informações essenciais ao juiz de instrução, e ineficiências gritantes, como ouvir vozes de crianças durante a realização da busca domiciliar e aceitar a desculpa de que se tratavam dos filhos do investigado (que não tinha filhos), bem como localizar creme vaginal e espelhos ginecológicos na casa do suspeito e não realizar a respectiva apreensão para exame. Uma posterior comissão instalada para avaliar o caso emitiu relatório no seguinte sentido: “a qualidade da atuação da equipe de observação especializada que realizou a busca foi simplesmente vergonhosa; a organização da busca foi conduzida de forma caótica (certos materiais não foram apreendidos para exame, as buscas não foram realizadas simultaneamente) e a documentação e manejo do que foi apreendido foi absolutamente abaixo de qualquer padrão de qualidade”. A Polícia selou o prédio e impediu a entrada, apesar dos pedidos insistentes da esposa de Dutroux de entrar para “ver se não havia esquecido nada”. Posteriormente, descobriu-se que as crianças estavam na cave do apartamento e morreram por inanição. Os pais das vítimas alegam que foram tratados com indiferença pelos policiais, o que causou um movimento nacional de protestos contra a Polícia. Houve, inclusive, suspeitas (não confirmadas) de eventual favorecimento por autoridades políticas. Posteriormente, quando preso, Dutroux conseguiu se evadir da cadeia, denunciando a incompetência da Polícia belga. Ver Punch, 2003:180.

³⁶⁴ Mouhanna, 2007:144. Bittner, 2003:331, indica que uma pressão exagerada sobre o controle do excesso sem mecanismos de controle da eficiência significa: “dizer que um policial que comparece ao trabalho, faz o que pedem para fazer e nada mais do que isso, e permanece afastado de problemas cumpre o critério de adequação que se exige dele”. Hagen, 2006:173, indica que tal cobrança pode levar os policiais a preferirem trabalhos burocráticos aos de rua.

à cena do crime deliberadamente de forma lenta, com a finalidade de induzir que o problema já esteja “resolvido” quando de sua chegada³⁶⁵.

Em outras situações, a omissão deriva de uma desvalorização ou da vítima ou do crime em investigação. Em áreas socialmente desestruturadas, em que a Polícia cria uma posição de demérito contra a comunidade como um todo, é possível que floresçam posturas omissivas como a negligência de eficiência no atendimento, que gera filas e esperas intermináveis para se registrar uma ocorrência, a recusa de se registrar a ocorrência, ou que chamadas de emergência fiquem sem resposta³⁶⁶.

Essa situação de omissão policial por desprezo à vítima é muito comum quando um policial sem qualificação em violência de gênero é colocado para realizar o atendimento ou a investigação de crimes de violência doméstica contra a mulher; nessa situação, normalmente o policial sub-representa a gravidade do fato, e mesmo atribui à vítima uma parcela significativa da responsabilidade pela violência sofrida (v.g., se o marido agrediu a mulher em razão de o jantar não estar pronto, a culpa foi da mulher, ou se a mulher é repetidamente agredida pelo marido e não o abandona, então ela também é culpada) ignorando o complexo contexto sociológico no qual a violência doméstica se desenvolve e aprisiona a vítima. Nessas situações, a sub-representação do fato leva o policial a menosprezar a vítima, criando uma pressão para ela não registrar a notícia do crime, ou não dando a devida atenção na apuração do delito³⁶⁷.

Segundo Punch, a ausência de controle sobre a eficiência da atividade policial pode gerar uma “cultura de inépcia”, na qual normas profissionais sistematicamente não são aplicadas, o baixo desempenho profissional não é sancionado e mediocridade encontra ambiente para florescer, sob a desculpa de “excesso de trabalho”³⁶⁸. Quando a competência para se ocupar os cargos da instituição policial não é continuamente reconfirmada mediante o cumprimento de metas, há o risco de administradores promovidos por sua aptidão para as funções inferiores, mas sem grande aptidão para os cargos superiores estacionarem em cargos medianos e criarem uma

³⁶⁵ Reiss, 1971:6. Indicando que a Polícia possui instrumentos para impedir a realização de uma acusação, seja indicando os fatos como “em apuração”, enviezando a investigação ou mesmo não remetendo ao Ministério Público suas diligências, ver Schünemann, 2010c:470.

³⁶⁶ Mouhanna, 2011:6.

³⁶⁷ Ver Campos e Corrêa, 2007:110-143 e Ávila, 2007.

³⁶⁸ Punch, 2003:184.

cultura de inépcia³⁶⁹. Finalmente, em outras situações a omissão policial deriva diretamente de um ato de corrupção para não atuar³⁷⁰.

1.4.5 A necessidade de soluções organizacionais para o desvio policial

Quando ocorre um desvio policial sério, existem duas explicações tradicionais: ou foram ações bem intencionadas, mas lamentáveis, realizadas diante de situações de dubiedade inerente à arriscada função policial, ou foram ações aberrantes de grupos isolados e minoritários de policiais agressivos³⁷¹. Coloca-se o problema em termos de inevitabilidade ou de problemas individuais (psicológicos).

As teorias psicológicas do desvio policial acentuam os fatores individuais como propensões ao desvios. Por essa explicação, alguns indivíduos isolados, com valores corrompidos, praticariam infrações e induziriam os demais a também praticar os desvios. Portanto, uma teoria dessas foca suas atenções na seleção de indivíduos menos propensos à prática de desvios, à avaliação continuada da aptidão do policial para permanecer em suas funções e na eliminação dos policiais que desviem sistematicamente do padrão de conduta. Contudo, é altamente questionável a eficiência dos testes psicológicos de seleção de candidatos: eles simplesmente não dão segurança quanto à predição de ações futuras³⁷².

Ademais, não fica claro se os policiais praticam atos de violência porque tem uma predisposição para tanto, ou se essa predisposição foi desenvolvida pela exposição à cultura

³⁶⁹ Esse fenômeno é conhecido como o “princípio de Peters”: nas hierarquias burocráticas que premiam a competência com promoções, todo funcionário competente tende a ser promovido para um nível superior, até alcançar um nível para o qual seja incompetente, no qual tende a estacionar; assim, ao longo do tempo, os cargos hierárquicos são ocupados por pessoas incompetentes e o serviço é executado por seus subordinados competentes, que ainda não atingiram seu nível de incompetência (ver Pluchino *et al.*, 2010). Obviamente esse princípio apenas se aplica se não houver uma avaliação continuada da eficiência do funcionário diante das novas atribuições.

³⁷⁰ Um exemplo de omissão policial, e portanto de necessidade de controle externo por parte do Ministério Público, é ilustrada por Rangel, 2009:95: “Cabe ao Ministério Público, através da Promotoria de Justiça, com atribuição para tal, requisitar da autoridade militar competente (entenda-se com atribuição) os TROs (talões de registro de ocorrências), com o escopo de verificar a atuação dos policiais militares no exercício de suas funções, a fim de comparar com os ROs (registros de ocorrências) elaborados nas delegacias policiais. Desta forma, descobre-se que determina pessoa foi presa, v.g., pela Polícia Militar, com certa quantidade de substância entorpecente mais uma arma de fogo e levado para a delegacia de polícia; porém, nenhuma providência foi tomada e liberada a pessoa, como se nada tivesse acontecido (fato verídico vivido por nós no exercício de nossas funções e promotor de justiça)”.

³⁷¹ Armacost, 2004:455.

³⁷² Armacost, 2004:462, concluindo que “a efetividade [dos testes psicológicos] em predizer o comportamento policial é, na melhor das hipóteses, limitada”.

policial e às situações extremas da atividade de policiamento. A teoria psicológica também não esclarece porque foi possível a reiteração de atos de violência sem diagnóstico precoce, o que apenas é explicado pelas teorias sociológico-organizacionais.

Por as teorias sociológico-organizacionais, reconhece-se que a conduta de um policial individual diante de um determinado contexto fático não é apenas fruto de suas ponderações individuais, ao contrário, está fortemente condicionada por julgamentos fundados no sentido de obrigações e expectativas coletivas para com o seu grupo. Segundo Punch, em grande parte das situações, o desvio transcende o nível individual e justifica-se por um sistema informal e generalizado de acordos, conivências e colusões recíprocas para racionalizar os atos de corrupção³⁷³. A verdadeira explicação do desvio policial está em uma conjugação entre propensões individuais e fatores organizacionais que incentivam as ações violentas³⁷⁴.

O problema da justificativa do desvio policial como um problema individual e isolado é que ela esconde da análise os fatores organizacionais que podem favorecer o florescimento da violência policial como um padrão de conduta. Quando se concentra a atenção apenas na punição dos policiais em relação aos quais concretamente há prova de desvio há o risco deles se tornarem potenciais “bodes expiatórios” do desvio policial³⁷⁵. Ou seja, é possível que um grande número de condutas desviantes esteja sendo potencialmente praticadas de forma rotineira, ante o incentivo cultural e a imunização decorrente do código do silêncio, e a punição de indivíduos específicos retire a atenção das necessárias reformas institucionais para evitar a reiteração dessas práticas.

Para que o controle do desvio policial seja efetivo, deve-se considerar que os desvios não são apenas ações individuais, mas que existem fatores organizacionais e culturais que podem favorecer o surgimento de desvios, e que esses fatores devem ser devidamente controlados para se minimizar o desvio.

³⁷³ Punch, 2003:173.

³⁷⁴ Armacost, 2004: 521.

³⁷⁵ Armacost, 2004:493.

1.4.6 Fatores de imunização do desvio policial

Há vários fatores que explicam uma baixa taxa de responsabilização pelo desvio policial e acabam por favorecer sua reincidência. Podemos elencar oito fatores de imunização do desvio policial: (1) normalização do desvio policial pela subcultura policial; (2) situação ordinária de ausência de testemunhas; (3) código do silêncio em relação aos demais policiais; (4) valor especial da palavra do policial; (5) demérito da palavra da vítima; (6) medo de retaliações a vítimas ou testemunhas; (7) minimização do desvio pelas instâncias oficiais de controle; (8) aplicação do princípio *in dubio pro reo* no âmbito da justiça criminal.

O primeiro aspecto de imunização deriva da já abordada cultura policial. Por essa cultura, normaliza-se determinadas formas de desvio, como o uso excessivo da força em abordagens, a reação violenta ao questionamento da autoridade ou a desacatos, e ilegalidades destinadas a assegurar a eficiência da punição criminal. Por essa cultura, os policiais passam a representar que tais desvios à lei são legítimos, pois seriam necessários ao exercício de sua profissão, o que favorece sua ocorrência.

Todo conflito de policial com cidadão é um problema complexo, pois via de regra trata-se da palavra de policiais contra um cidadão isolado, sem outras testemunhas. Normalmente a atividade policial (especialmente de policiamento ostensivo) é realizada aos pares, sem outros policiais ou testemunhas próximas. Alguns delitos como crimes de palavras (ordens arbitrárias, xingamentos) e vias de fatos (empurrões, tapas leves, chutes) não deixam vestígios materiais. A maioria dos incidentes de uso excessivo da força são intrinsecamente ambíguos, pois os policiais possuem uma autorização legal de utilizar a força no caso de resistência e a prova da resistência funda-se normalmente apenas na palavra do próprio policial, pois raramente haverá testemunhas. Tais circunstâncias normalmente reconduzem o desvio policial à palavra do policial (ou dos policiais) contra a palavra do cidadão.

Como visto, a cultura policial também cria um círculo de lealdades espúrias que geram o acobertamento recíproco dos desvios policiais. Isso gera uma natural pressão para que os demais policiais que eventualmente presenciem um desvio policial ou não delatem o desvio, ou quando chamados a depor sobre ele afirmem que nada viram, minimizem as consequências do delito, ou mesmo venham mentir para favorecer o colega. Para tanto, existem determinadas

escusas já ordinariamente preparadas para justificar um eventual uso excessivo da força (uma agressão é justificada com a alegação de resistência, um disparo de arma de fogo contra pessoa em perseguição é justificada pela alegação de que a pessoa aparentava ter sacado uma arma), prisões ilegais (alegação de desacato ou mesmo uma falsa incriminação), ou diligências ilegais (buscas domiciliárias sem ordem judicial são justificadas com alegações de que o morador inicialmente deu o consentimento, ou que viram uma suposta situação indicativa de flagrante delito, revistas pessoais sem fundamento são justificadas com o argumento de que a pessoa aparentava estar portando uma arma sob a roupa). Em situações mais graves, o código do silêncio fomenta fraudes processuais para justificar o desvio policial (como “plantar” uma arma ou drogas no suspeito para justificar a atuação policial). Nesse cenário, a maioria dos casos de desvio policial tende a apresentar-se como uma atuação legítima, tratando-se da palavra isolada da vítima contra a do policial, e depoimentos lacônicos ou coniventes dos demais policiais³⁷⁶.

Nesse cenário de dubiedade inerente ao desvio policial, acaba-se dando uma prevalência à palavra do policial em detrimento da pessoa abordada. Há vários julgados que admitem a condenação fundamentada exclusivamente em depoimentos prestados por policiais, por se presumir que eles estão a falar a verdade³⁷⁷. Por outro lado, há uma depreciação do valor

³⁷⁶ Afirma Chevigny, 1999:74: “Em São Paulo, quando a Polícia Militar mata um suspeito, eles normalmente levam-no ao hospital como se ele estivesse ainda vivo, para remover a maioria dos vestígios para a prova pericial. Para justificar sua costumeira estória de que a vítima foi morta em um tiroteio, eles plantam uma arma na sua mão. No México, numa investigação do assassinato de dezessete manifestantes em Guerrero, em 1995, descobriu-se através de uma filmagem que a Polícia adulterou a cena do crime, plantando armas. A Polícia na Argentina tem um método particular de ocultar sua responsabilidade quando o suspeito morrer sob tortura: eles simplesmente desaparecem com o cadáver, simulando que nunca tiveram contato com ele”. Marimon, 2009:212, documenta em pesquisa que quando há ao menos uma testemunha em favor do policial investigado, há uma forte tendência de não ocorrer um indiciamento.

³⁷⁷ Por exemplo, o STJ tem reconhecido como legítima a condenação fundamentada exclusivamente em depoimentos policiais, desde que não haja controvérsias: “Fragilidade do conjunto probatório não demonstrada. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal”. STJ, HC 107.743/DF, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., j. 19 ago. 2009, DJe 21 set. 2009. No mesmo sentido: M.M. Barbosa, 2011:146. Todavia, eventualmente esse entendimento é questionado quando há uma suspeita concreta de abuso de autoridade (normalmente para justificar a absolvição do cidadão e não para favorecer a condenação do policial), conferir precedente do TJDF: “[...] 2 Via de regra, confere-se à palavra de agentes do Estado (Policial Civil ou Militar) a mesma credibilidade ínsita aos atos emanados da autoridade administrativa em geral. Contudo, é mister que esta presunção esteja amparada pela lógica e por outros elementos circunstanciais, que inexistem no caso. O réu negou peremptoriamente os fatos, afirmando ter sido vítima de arbitrariedade. 3 Em princípio, todo ato construtivo da liberdade individual só se justifica quando motivado por fato relevante. Não podem os agentes do Estado encarregados de garantir a segurança pública e a tranquilidade das pessoas perturbarem o cidadão sem que haja um motivo legal, tais como o cumprimento de ordem judicial ou a fundada suspeita de estar cometendo algum delito ou acabado de cometê-lo. A leniência com esses abusos tem desaguado em acontecimentos muitas vezes graves, noticiados aqui e ali diante da truculência policial a provocar

da palavra da vítima, já que o depoimento da pessoa abordada por policiais tentando incriminá-los por um desvio possui evidente parcialidade (consistente na intenção da macular a atuação policial e ensejar uma eventual consideração de ilicitude probatória, com a consequente absolvição do interessado)³⁷⁸. Normalmente a vítima possui um baixo *status* social (pessoas com antecedentes criminais e moradores de bairros pobres) e foi submetida à abordagem policial exatamente em razão de um anterior comportamento reprovável dela mesma. Isso reduz a credibilidade do testemunho dessas vítimas e facilita com que os juízes (ou jurados) tenham dificuldade de atribuir uma censura grave a um policial por ministrar um castigo (ainda que ilegal) a uma pessoa que efetivamente mereceria uma censura por seu comportamento anterior³⁷⁹. Há um segundo problema ligado à coerência da palavra da vítima; é que normalmente as vítimas do abuso policial são pessoas que já vivenciam com certa frequência encontros conflituosos com a Polícia, o evento de sofrer um ato de violência policial é ordinariamente hiper-representado subjetivamente, de sorte que há uma tendência natural para a vítima super-dimensionar o episódio como forma de estabelecer uma alteridade de superioridade heróica diante da brutalidade policial³⁸⁰. Isso significa que há uma tendência natural de se descrever os fatos como se fossem mais graves do que efetivamente ocorreram, especialmente para vítimas de mais limitada capacidade cognitiva, o que significa que quando essa hiper-descrição dos fatos não encontra respaldo nas eventuais provas materiais, há uma natural desvalorização do valor probatório da palavra da vítima. Com o tempo, os policiais podem aprender que é possível alterarem parcialmente a versão dos fatos para beneficiá-los, induzindo à configuração de uma possível situação de uso legítimo da força (ante um suposto desacato, resistência ou desobediência), sem que tal artifício seja facilmente descoberto. Nesse cenário, o caso apenas

danos consideráveis à comunidade. [...]"; TJDF, 1ª T. Crim., 20060910090043APR, rel. Des. George Lopes Leite, j. 12 maio 2008, DJ 2 jun. 2008, p. 150. Ainda nesse último sentido ver: "embora os policiais não estejam impedidos processualmente de depor nem possam, *a priori*, serem considerados suspeitos, suas narrativas devem ser recebidas com reservas, pois quando em Juízo estão dando conta dos atos praticados, tendo, portanto, todo interesse em demonstrar a legitimidade da ação praticada" (JUTACRIM-SP, 78:23).

³⁷⁸ Nesse sentido, entre inúmeros outros: "O testemunho incriminador de policial por pessoas envolvidas com crimes deve ser visto com natural reserva, especialmente quando flagrantemente contraditórios". TJDF, Processo APR1791697, rel. Des. P. A. Rosa de Farias, 1ª T. Crim., j. 23 abr. 1998, DJ 10 jun. 1998, p. 45.

³⁷⁹ Skolnick, 2002:13. Na expressão de Jobard, 2002: 178: "a qualidade de [a vítima] ser um homem sem máculas criminais é a única garantia de ter suas alegações levadas a sério. [...] Todavia,] um fato de violência policial admite efetiva punição apenas diante de condições de mero acaso (flagrante constatado por testemunhas com credibilidade, vestígios materiais inquestionáveis), e à pureza moral (às vezes social e penal) invencível da vítima. Essa dupla condição de comprovação dos fatos, nunca estável, exclui a possibilidade de punição das vítimas mais prováveis da violência policial, como por exemplo, os egressos das prisões".

³⁸⁰ Jobard, 2002:167 *et seq.*

virá à luz se houver outras provas físicas: uma gravação audiovisual feita por um cidadão, testemunhos contundentes de transeuntes desinteressados que queiram arriscar-se a depor contra policiais, um excesso de agressões que demonstrem ser incompatível com um eventual uso proporcional da força *etc.*

Ainda quando há testemunhas do desvio policial, elas são pessoa que residem em áreas socialmente degradadas, possuem baixo nível de consciência de seus direitos, com capacidades comunicativas e críticas limitadas, bem como tem elevado nível de vulnerabilidade social, que acaba por agravar o natural receio de se envolverem em um potencial conflito com policiais. Normalmente as testemunhas são normalmente familiares, vizinhos ou amigos da vítima, o que as contamina com a mesma dúvida que pesa sobre a credibilidade da palavra da vítima.

O receio de eventuais retaliações tem sido apontado como um fator decisivo para a invisibilidade do desvio policial. Por um lado, ele dissuade a vítima de formular reclamações contra policiais, pois, por um lado, há uma pequena expectativa de sucesso da denúncia associada aos riscos efetivos e extremamente elevados que tanto um policial quanto um cidadão possuem de denunciar um abuso policial. Bittner registra o caso de policiais de Nova Iorque que tinham a prática de prender a pessoa vítima de abuso de autoridade quando essa reclamava da abordagem, ao argumento de possível desacato, de forma a induzir que sua intervenção foi correta³⁸¹. Chevigny relata casos de vítimas e testemunhas que foram agredidas e mesmo assassinadas por policiais³⁸².

Para o cidadão, há o risco de estar mais exposto a perseguições pelos policiais delatados, sem qualquer outra forma de proteção (já que quem pratica o desvio é um integrante da própria Polícia). Normalmente as vítimas da violência policial são integrantes de bairros pobres (com elevados índices de criminalidade), sua rede de apoio social é mais diminuta, sua consciência de direitos mais limitada; ademais, normalmente as vítimas do abuso de autoridade são pessoas com algum envolvimento criminal e, portanto, sua exposição aos riscos de uma denúncia contra um policial é muito mais elevada, diante do risco de retaliações decorrentes do próprio exercício da função policial (portanto, com uma aparência de legalidade). Essa retaliação

³⁸¹ Bittner, 2003:149.

³⁸² Chevigny, 1999:74.

pode consistir em forjar uma falsa incriminação (v.g., colocando a droga na roupa da pessoa e autuando-a por tráfico) até efetivamente agressões físicas (ou ameaças veladas de agressões, como passar repetidas vezes na frente da residência de uma pessoa). A posição da vítima de um abuso de autoridade é sempre desconfortável, por estar constantemente sendo arguida como possível mentirosa por questionar a usual credibilidade da ação policial, portanto, uma possível autora do crime de denúncia criminosa. Há ainda o transtorno inerente a envolver-se em qualquer investigação criminal e uma baixa perspectiva pela vítima de que o caso venha resultar em punições efetivas para os policiais. Na síntese de Fitzgerald, “quem está envolvido no abuso de autoridade não é punido, mas quem denuncia é”³⁸³.

Os próprios dirigentes das instituições policiais muitas vezes partilham das mesmas perspectivas de minimização do desvio policial e são avessos à exposição pública das mazelas policiais, como sendo um demérito à instituição à qual pertencem. Isso cria uma propensão para que as dificuldades inerentes à investigação e ao reconhecimento do desvio policial derivem naturalmente para a minimização do desvio ou para o seu não reconhecimento. Essa minimização ocorre de várias maneiras.

A primeira delas é não dando seriedade às alegações de desvios policiais que recebem. Os órgãos internos têm uma tendência de minimizar a probabilidade de veracidade da alegação de desvio policial. Se a notícia do desvio não é levada a sério, não é feita uma investigação imediata. Se não houver uma imediata recolha das provas do desvio policial, elas tendem a perder-se com grande rapidez. Os vestígios materiais da cena do crime tenderão a desaparecer. Se a vítima de agressões não for prontamente encaminhada à realização de um exame médico, as lesões também desaparecerão. Os eventuais reconhecimentos de suspeitos devem ser realizados logo após a prática do crime, quando a memória ainda está fresca, sob pena de não ser possível o reconhecimento dos suspeitos e tal ensejar a absolvição. Normalmente vítimas e testemunhas, exatamente por residirem em áreas socialmente degradadas, costumam mudar de residência com frequência e se tornam posteriormente não localizáveis. No momento da prática do abuso de autoridade, a vítima que consegue vencer a barreira da denúncia ainda está indignada, mas à proporção que o tempo passa e as retaliações e medos se agravam, o desconforto da posição de vítima de abuso policial se torna mais palpável e a possibilidade de

³⁸³ Fitzgerald, 1989:204. Semelhantemente: Lemgruber *et al.*, 2003:104.

uma vítima e as testemunhas do abuso de autoridade continuarem sustentando sua versão ou colaborando com a investigação diminui em progressão geométrica. Por todos esses fatores, se não houver uma pronta investigação da alegação de desvio policial, suas provas tendem a desaparecer e sua reconstrução será muito difícil, virtualmente impossível. Quando a instituição policial não encara o controle interno como uma atividade prioritária, relegando tal atividade a segundo plano (no oferecimento de recursos humanos e materiais adequados), há uma tendência dessas dificuldades se cristalizarem em ineficiência de controle³⁸⁴.

A segunda é tentando beneficiar o policial investigado. Durante a investigação de um fato intrinsecamente complexo, se o investigador não deseja encontrar a verdade ele dificilmente a achará. Como salienta Mathiesen, quando uma investigação é feita, as informações são documentadas a partir de uma interpretação da realidade, de sorte que quando a investigação do desvio policial é conduzida pela própria Polícia, a percepção dos fatos tende a ser enviesada pela sua própria compreensão da realidade³⁸⁵. Algumas vezes os supervisores tendem a compartilhar a cultura policial de aceitação de pequenos desvios como “ossos do ofício”. Walker documenta que, em muitas investigações de desvio policial feitas pelo órgão de controle interno, os próprios investigadores ao fazerem as perguntas difíceis já sugeriam as possíveis respostas discriminantes, com a nítida finalidade de beneficiar o investigado auxiliando-o a criar a sua tese defensiva³⁸⁶. Como visto anteriormente, os órgãos de controle interno tendem a ver as alegações de desvio policial como um demérito para a instituição, o que gera uma natural resistência em apurar desvios policiais graves com o receio de que o escândalo decorrente do desvio seja mais prejudicial à instituição que o próprio desvio (o que, em verdade, acaba incentivando novos desvios diante da mensagem institucional de que os desvios não serão punidos)³⁸⁷. Ainda quando um desvio está relativamente configurado, há o receio de que ele se torne um escândalo público, com prejuízos à imagem da instituição, o que gera inconscientemente uma tendência de minimização das consequências do desvio policial. Mesmo quando há uma razoável

³⁸⁴ Segundo Lemgruber *et al.*, 2003:103, as Corregedorias de Polícia sofrem dos seguintes problemas: “o volume de trabalho existente, a carência de pessoal com perfil adequado, a alta rotatividade das equipes, dificultando o sequência das investigações, a falta de equipamentos (armas, gravadores, filmadoras, máquinas fotográficas), as restrições de espaço físico, dificuldades operacionais de vários tipos e também as relações de “fraternidade” que pode haver entre os investigadores e os investigados”. Documentando a extrema lentidão no processamento das investigações contra policiais no Rio de Janeiro, ver Lyra *et al.*, 2004:61 *et seq.*

³⁸⁵ Mathiesen, 1989:283

³⁸⁶ Walker, 2005: 86. Em sentido semelhante, Prenzler, 2009:89, indicando que muitas vezes policiais da Corregedoria já sugerem a resposta que deve ser dada pelo policial para construir sua tese defensiva.

comprovação de que houve um desvio, o controle interno tende a não reconhecer o suposto desvio. Muitas vezes infrações sérias são tratadas de forma informal, com meras admoestações verbais e não raro elas não geram qualquer espécie de punição³⁸⁸. Usualmente a cúpula da instituição (oficiais da PM e Delegados de Polícia da PC) são tratados de forma mais complacente pelas respectivas Corregedorias (já que estão no mesmo “nível” do investigado)³⁸⁹.

Finalmente, anda quando o caso é levado ao âmbito da justiça criminal, há outros fatores inerentes a esse sistema que acabam induzindo ao não reconhecimento do desvio policial, e o principal desses é o princípio do *in dubio pro reo* e a possível empatia que existe para com policiais por promotores de Justiça ou juízes. Uma incorreta interpretação dos fatos pode ensejar a aplicação das descriminantes putativas, ou seja, o policial “acreditava” razoavelmente estar diante de uma situação que legitimaria a sua intervenção. Via de regra, há uma grande possibilidade de que o policial tenha agido acreditando estar correto, pois é inerente ao trabalho policial situações de dúvida, em contextos tensos e perigosos que exigem uma resposta rápida sob pena de o quadro se alterar e a ação se tornar ineficiente. Muitas vezes um fato é errado à luz das regras profissionais de uso da força, mas não chega a ser grave o suficiente para justificar sua configuração criminal³⁹⁰. As dificuldades inerentes à reconstrução probatória de um encontro entre Polícia e cidadão acabam por, no mínimo, revestir de alguma dúvida os fatos. Finalmente, as situações de dúvida sempre são resolvidas em favor do réu, nesse caso uma pessoa com elevado *status* em comparação com a possível vítima.

Armacost também argumenta que é possível que exista uma relação de cumplicidade entre promotores e policiais, já que, em última análise, a Polícia trabalha para favorecer a atuação criminal do Ministério Público, sendo portanto um colaborador institucional³⁹¹. Tal análise é mais forte nos EUA, onde normalmente o Departamento de Polícia

³⁸⁷ Armacost, 2004:482.

³⁸⁸ Sobre o corporativismo da investigação interna da própria Polícia, ver a síntese de Walker, 2005:72: “historicamente, a Polícia tem sido extremamente hostil a reclamações, negando que o alegado desvio policial ocorreu, normalmente recusando as tentativas do cidadão de protocolar uma reclamação, falhando em investigar as reclamações de forma integral e justa e não disciplinando os policiais que são realmente culpados de um desvio”.

³⁸⁹ Lembruger *et al.*, 2003:94-95.

³⁹⁰ Chevigny, 1999:72, acrescentando que uma boa regulamentação da atividade policial não se dá no âmbito da disciplina criminal, mas dos regulamentos policiais, no treinamento e na prática controlada. V. ainda Prenzler, 2009:91.

³⁹¹ Armacost, 2004:466.

está sob a chefia superior do Procurador-Geral, mas cujos argumentos ainda podem ter alguma repercussão no sistema brasileiro, onde, apesar de atritos tópicos entre Ministério Público e Polícia, em última análise o Ministério Público efetivamente precisa do trabalho policial para desempenhar o seu trabalho de acusação³⁹². Da mesma forma, normalmente o juiz ou os jurados criam inconscientemente mais laços de empatia (e até deferência) com o policial (que é representado como o lado do bem, alguém que estava apenas cumprindo seu papel) o que em relação à vítima (que é vista como um criminoso – potencial ou efetivo)³⁹³. Esse fator serviria para que as situações de “quase-dúvida” sejam interpretadas como efetivas situações de “dúvidas”, favorecendo o réu-policial. Comentando a eficiência dos *Grand Jurys* americanos em receber acusações em relação a crime praticados por policiais, Skolnick argumenta que “a Justiça não tem desempenhado um papel ativo em responsabilizar policiais por violarem a Constituição”³⁹⁴.

Em verdade, nem sempre trazer o desvio policial para o âmbito da resposta penal será a melhor solução pois, ao colocá-lo na esfera penal, deve-se cercá-lo necessariamente de todas as garantias processuais penais, que em muitas situações acabam criando entraves adicionais à descoberta da verdade: prazos prescricionais curtos, que condicionam a pesquisa a um prazo determinado e não permitem sucessivas reapreciações que depurem a verdade, as limitações processuais à produção de provas, o medo de exposição das testemunhas a retaliações, o que induz a que suavizem suas versões dos fatos quando confrontadas com o risco de responderem por crimes de falso testemunho ou se exporem a novos contatos com a Polícia e a impossibilidade de conclusões parciais do julgamento pois, em caso de dúvida, favorece-se sempre o acusado. A repressão criminal é muito fraca para deter o desvio policial, tendo em vista as sérias limitações processuais de comprovação dos crimes praticados por policiais³⁹⁵. Na conclusão de Mathiesen, se há problemas quanto à violência policial, uma investigação sociológica normalmente irá diagnosticar o problema, enquanto uma investigação criminal tende,

³⁹² Indicando atuação complacente do Ministério Público perante a Justiça Militar do Rio de Janeiro, ver Lemgruber *et al.*, 2003:40.

³⁹³ Wechter, 2004:1.

³⁹⁴ Skolnick e Fyfe, 1993:211.

³⁹⁵ Armacost, 2004:459.

pelo benefício da dúvida e das restrições processuais, a concluir pela inexistência de problemas no tocante à atividade policial³⁹⁶.

Todo esse conjunto de circunstâncias leva a que uma persecução criminal contra um policial tenha sempre poucas chances de sucesso³⁹⁷. Há um conjunto de fatores que acaba assegurando uma “imunização” dos crimes praticados por policiais, especialmente os pequenos excessos de força, restando à possibilidade de efetiva comprovação e punição apenas os grandes desvios, que por alguma desatenção se permitiu o surgimento de alguma prova.

Em muitas situações, quando ocorre o arquivamento criminal de um caso de desvio policial, esse arquivamento é utilizado como razão automática para justificar o arquivamento administrativo, quando, em verdade, diante dos requisitos menos exigentes da responsabilidade administrativa e da possibilidade de configuração de outras infrações administrativas menos sérias, o próprio Departamento de Polícia deveria aproveitar a oportunidade para exercer a disciplina na instituição³⁹⁸.

A consciência desse conjunto de fatores de imunização dos policiais acaba por gerar uma descrença das vítimas de que denunciar tais abusos pode resultar em alguma responsabilização concreta³⁹⁹. Ainda que a vítima vença a barreira do medo e denuncie, há o sério risco de sofrer a revitimização ao longo do penoso processo de apuração do desvio policial. Além da vitimização decorrente da agressão em si, a vítima volta a sofrer com o descaso do sistema, a constante descrença em sua palavra, além dos riscos de retaliação. Esse conjunto de fatores de imunização, quando não contrabalanceados por um esforço sério dos órgãos de controle da atividade policial, gera uma segurança muito grande para o policial de que ele pode desviar sem que ocorram consequências mais sérias, o que fomenta sua reincidência e cria um ambiente propício à normalização de um padrão desviante de conduta.

³⁹⁶ Mathiesen, 1989:283.

³⁹⁷ Analisando todas essas dificuldades, ver Armacost, 2004:466-469; Walker, 2001:120. Documentando-as no Brasil: Marimon, 2009:219.

³⁹⁸ Armacost, 2004:470.

³⁹⁹ Destacando a descrença no sucesso do processo disciplinar como fator de inibição da delação de desvios policiais: Collins, 1998:2.

1.5 Uma proposta de classificação dos possíveis desvios policiais

A análise até aqui realizada permite delinear um conjunto de possíveis desvios que podem ser praticados no âmbito da atividade policial. Propomos adiante uma classificação desses possíveis desvios⁴⁰⁰.

Segue o esquema da classificação:

(a) violência policial

- (a1) uso excessivo da força
- (a2) ilegalidades de eficiência
- (a3) castigo (ou “justiça policial”)
- (a4) desrespeito
- (a5) violência gratuita

(b) corrupção

⁴⁰⁰ A categorização do desvio policial que se segue é nossa. Para uma outra categorização do desvio policial (que levou-se em consideração, mas não coincidente com a apresentada), ver ainda Walker, 2001:130; Barker e Carter, 1994:3-12 e 123-138; Prenzler, 2009:15-17; Kappeler *et al.*, 1998:20; e Punch, 2009:18-34. Nesse último trabalho, Punch classifica o desvio policial em três níveis: *misconduct*, *corruption* e *police crime*. A categoria da *misconduct* corresponderia ao pequeno desvio administrativo, como beber em serviço, falta de pontualidade, desrespeito ao supervisor, negligência em serviço, danos ao patrimônio público da Polícia, que eventualmente são tratadas com negociações informais e fora da esfera efetivamente disciplinar. Na corrupção policial haveria um abuso da função para praticar o crime (extorsão com uniforme, fraudes investigativas, acobertamento de outros crimes – incluindo de outros policiais, e outros casos de abuso de autoridade), enquanto a criminalidade de policiais ocorreria quando policiais resolvem praticar atividades criminosas que não dependem de sua função policial (roubo a banco, homicídio fora do trabalho). Todavia, como o próprio autor reconhece, há um limite muito tênue entre o crime praticado pelo policial e o abuso da função para acobertá-lo, com o risco de que todo desvio policial seja uma forma de abuso da função e, nessa perspectiva, uma forma de corrupção de valores. Por tal preferimos a classificação ora proposta por ser mais analítica e pela potencial utilidade explicativa (e de eventual proposta de soluções). Ademais, a divisão entre violência e corrupção nem sempre é perfeita. Conforme conclusão da Comissão Mollen, que investigou as práticas de corrupção do NYPD em 1994, a ligação entre corrupção policial e violência é muito estreita e normalmente a corrupção também se manifesta em atos brutalidade, como nas hipóteses em que um policial corrupto agride traficantes para obter informações sobre o paradeiro de dinheiro obtido no tráfico para apropriação pessoal, ou quando o policial se envolve em atividades de tráfico e utiliza a força para ameaçar os traficantes concorrentes (Mollen, 1994:45-46). Em síntese, tal comissão concluiu que “policiais corruptos tendem a ser mais violentos – tanto para executar atos de corrupção como em outras situações”. Ainda assim, tal comissão concluiu que em outras situações a violência policial ocorria sem conexão com atos de corrupção, mas em razão de fatores ligados à cultura policial, tais quais “demonstrar poder ou hostilidade, incutir medo numa pessoa ou na comunidade que aquela pessoa representa, para liberar frustrações ou angústias, ou numa tentativa equivocada de assegurar o respeito pela comunidade” (Mollen, 1994:47). Nessa esquematização, utilizamos a classificação por letras e números, fugindo à técnica de numeração usada ao longo do trabalho, pois iremos recuperar a classificação em outros locais da tese.

- (b1) corrupção tolerada (*light*)
- (b2) corrupção extorsão
- (b3) envolvimento no crime organizado

(c) fraudes investigativas

- (c1) falsa incriminação de suspeito
- (c2) falsa incriminação por retaliação
- (c3) acobertamento de desvios policiais
- (c4) acobertamento de terceiros (corrupção)

(d) omissões policiais

- (d1) desestrutura
- (d2) incompetência
- (d3) omissões dolosas (prevaricação)

Essa proposta de classificação proposta é meramente organizativa, pois normalmente um desvio policial manifesta-se com conotações diversas, já que um ato de corrupção (extorquir vantagens de comerciantes) será normalmente acompanhado de atos de violência (ainda que simbólica, a intimidação implícita decorrente da própria autoridade); normalmente um uso excessivo da força ou uma ilegalidade de eficiência será acompanhado de uma fraude para encobri-lo⁴⁰¹; uma violência como castigo de retaliação poderá manifestar-se também através de uma fraude processual de flagrante forjado contra a pessoa; ou ainda uma corrupção de favorecimento a terceiro poderá manifestar-se tanto na forma de omissão pura, quanto na forma de fraude processual (destruição de provas) ou como coação contra possíveis testemunhas (violência). Todavia, preferimos separar as categorias de violência e corrupção pelo critério da obtenção ou não de vantagens pessoais, e ainda separar as fraudes processuais das duas por ser uma categoria com hipóteses comuns que podem ou não estar associadas à obtenção

de vantagens pessoais ou a objetivos de eficiência, e que podem envolver em termos tangíveis à vítima um nível de violência (o envolvimento indevido num procedimento criminal, com o risco concreto de prisão).

Por outro lado, excluimos da classificação os desvios praticados sem qualquer ligação direta com o exercício da função, como crimes de violência doméstica, acidentes de trânsito, porte de drogas para consumo pessoal, brigas de vizinhos ou crimes fiscais. Esses seriam crimes que, em tese, qualquer pessoa poderia praticar. Apesar de não serem propriamente situações de desvio policial, ainda há o risco, nessas situações, de o policial prevalecer-se de sua autoridade (e de seu condicionamento para usar ordinariamente a força) para vir a praticar um crime mais sério (usar da arma de fogo após a discussão decorrente do acidente de trânsito ou da discussão doméstica). Há estudos que demonstram que se o marido é um policial, há maior propensão à vitimização da mulher no caso de violência doméstica (especialmente pelo risco de uso da arma de fogo, e pela influência sexista na subcultura policial)⁴⁰². Tais crimes também colocam o problema do posterior acobertamento pelos colegas de profissão, com omissões de notificação ou fraudes processuais. No caso do uso de drogas, a questão que se coloca é que, para obter as drogas, o policial deve estabelecer uma relação com um traficante, o que possibilita posteriores vínculos de solidariedade para com o mesmo, o que se torna uma porta para outros atos de corrupção. Ainda assim, optamos por deixá-los de fora por inserirem-se na mesma

⁴⁰¹ Nesse sentido: Punch, 2009:31, também argumentando que é possível considerar que toda forma de violência policial seja também uma espécie de corrupção policial.

⁴⁰² Como todo ser humano, os policiais estão sujeitos a conflitos familiares. Todavia, aspectos específicos de seu condicionamento ocupacional podem potencializar o risco de violência doméstica numa situação de conflito prolongado. Sobre a maior vulnerabilidade da vítima quando o agressor é um policial, Wetendorf, 2006 e 2007, destaca que: (1) a visão machista da cultura policial fortalece o controle para se evitar traições e pode eventualmente favorecer que o policial isole sua companheira de uma rede social de apoio, tornando-a mais vulnerável no caso de conflitos, (2) o condicionamento ocupacional policial de desconfiança constante pode ser trasladado para as relações domésticas e potencializar conflitos, (3) no caso de desconfiança de traição é possível que o policial utilize seus conhecimentos para uma vigilância continuada sobre a vítima ou para o “rastreamento” da vida criminal das novas relações afetivas da mulher, (4) o condicionamento ocupacional para o uso da força pode favorecer agressões físicas ou ameaças numa situação de estresse emocional, (5) o policial agressor possui o conhecimento pessoal de como “burlar” o sistema penal caso venha praticar um ato de violência doméstica, e (6) nessas situações a vítima tem receio de chamar a Polícia, pois será um colega do ofensor a atender o chamado, com o risco de o código do silêncio não permitir a visibilidade do crime. Estudos nos EUA demonstram que cerca de 24% a 40% das famílias de policiais têm problemas de violência doméstica em sentido amplo (Johnson, 1991 e Neidig *et al.*, 1992), enquanto apenas 10% das famílias em geral têm esses problemas (Straus e Gelles, 1990). Sobre a necessidade de intervenção psicológica ao policial para minorar eventos mais traumáticos no caso de conflitos familiares, ver Miller, 2006:262-275. Documentando o problema de policiais praticarem atos de violência doméstica no Brasil desde o início do século XX, ver Bretas, 1997:125. Em Portugal, durante o ano de 2011, 30% das investigações conduzidas pela IGAI contra policiais referiram-se a incidentes de violência doméstica (Portugal, IGAI, 2012).

problemática geral de todos os eventuais delitos praticados policiais sem ligação direta com o exercício de sua função (brigas de vizinhos, fraudes fiscais *etc.*).

Por outro lado, incluímos na classificação o envolvimento ostensivo em atividades criminosas com finalidade de lucro, pois ordinariamente tais delitos são praticados com algum nível de aproveitamento direto do cargo, seja dos conhecimentos policiais, seja do uso do cargo como uma aparência de legalidade para as atividades criminosas, seja do poder de intimidação das vítimas ou criminosos concorrentes, seja das fraudes processuais que estão usualmente associadas a essas práticas. Preferimos classificar essas atividades criminosas como uma forma de corrupção, em sentido lato, como sendo uma obtenção de vantagens pessoais em razão do cargo.

A classificação proposta, apesar de meramente organizativa do fenômeno do desvio policial, permite uma redução consciente da sua complexidade a facilitar a análise desse problema, sem prejuízo de outras reconstruções à luz da complexidade concreta do fenômeno desviante. Essa esquematização é relevante para lançar luz sobre os possíveis desvios policiais existentes e as possíveis estratégias político-criminais para o seu controle⁴⁰³.

Vejamos.

(a) Violência policial

Por abranger um âmbito muito amplo de situações, propomos redividir essa grande categoria de desvios por ação na seguinte subdivisão: uso excessivo da força, ilegalidades de eficiência, castigo, desrespeito, violência gratuita, violência de corrupção, e a fraude investigativa. Todavia, a proposta é meramente organizativa dos problemas, destinada a permitir enxergar a violência policial a partir de um ângulo do prisma, pois é relativamente comum que um ato concreto de violência policial possa ser perspectivado sob vários ângulos distintos.

(a1) uso excessivo da força: ocorre quando a atividade policial inicia sua atuação dentro de um marco legal, todavia excede-se quando aos seus pressupostos, seja continuando com o uso da força quando ele não mais era necessário, seja utilizando um meio

⁴⁰³ Sobre as diversas estratégias político criminais, ver abaixo, subseção 5.4.5.

excessivo em comparação com o perigo ou a resistência apresentada. Pode ser reconduzida a essa situação o uso excessivo da força para suplantar uma resistência à realização de uma diligência (revistas pessoais, prisões, condução coercitiva); o uso desnecessário de algemas; o uso indevido de força potencialmente letal no exercício da atividade policial (arma de fogo) ou ainda a criação indevida de situações potencialmente conflitivas, que evoluam para a necessidade de uso da força.

(a2) ilegalidade de eficiência: enquadram-se nesse conceito todas as formas de violência praticadas com a finalidade de assegurar uma maior eficiência na atividade policial. Nessas situações, a suposta finalidade boa (resultado eficiente) é invocada como justificativa do uso ilegal da força, como um atalho de (suposta) legitimação, num raciocínio maquiavélico de que os fins justificam os meios. Ocorre nas situações de prisão ilegal de suspeito de crime; coerções destinadas a favorecer uma confissão (que vão desde promessas indevidas, maus tratamentos e até a tortura); realização de revistas pessoais ou controles de identificação sem indícios objetivos, mediante meras suspeitas subjetivas; realização de buscas domiciliárias fora da situação de flagrante delito e sem ordem judicial, interceptações telefônicas sem ordem judicial. A atuação discriminatória da Polícia, atuando a partir de padrões étnicos ou sócio-econômicos, é uma forma de violência de eficiência. Da mesma forma, o flagrante preparado (ou induzido), no qual o policial induz a pessoa a praticar o crime, para posteriormente assegurar sua prisão em flagrante, é uma ilegalidade de eficiência.

(a3) castigo (ou “justiça policial”): podem ser reconduzidas a essa categoria as situações de uso da força para aplicar a punição a uma pessoa, para restaurar a autoridade policial ou para realizar uma justiça segundo a perspectiva torcida de justo representada por policiais desviantes. Podemos subdividir as modalidades de castigos ou justiça imediata nas seguintes hipóteses: (i) “corretivos”, ou seja, agressões em seguida a desacatos, ou agressões durante uma abordagem em razão de questionamentos pelo abordado representados como afrontosos à autoridade, destinados a restaurar *in loco* a autoridade policial (havendo intenso sofrimento físico, o castigo pode configurar crime de tortura); (ii) punição imediata de um crime, ou seja, agressões quando da prisão em flagrante no calor dos fatos como forma de punição pelo crime praticado (linchamento policial), ou a omissão policial em relação a linchamento público (comissão por omissão ante o dever de proteção); (iii) atos de perseguição a pessoas suspeitas da

prática de crimes; (iv) retaliação posterior a uma afronta (v.g., atos de perseguição contra delatores de policiais, como ameaças, agressões, ou submissão contínua a abordagens fora dos requisitos legais como estratégia de intimidação); (v) atos de extermínio de suspeitos da prática de crimes, na perspectiva em que o policial acredita estar realizando um ato de justiça (aplicando uma pena de morte segundo seus julgamentos, realizando uma “faxina social”). As divisões são tênues, pois, em algumas situações, os disparos de arma de fogo contra suspeitos, com o dolo eventual em relação à morte, assemelham-se a formas de justiça (aceita-se o risco da morte como algo que o “bandido” merece) e também o uso excessivo da força para imobilização pode caracterizar-se como uma forma de castigo ou justiça (representa-se de forma antecipada que o abordado é um bandido e, portanto, merece a violência como retribuição natural por seu ato). Nessas situações, o eventual uso excessivo da força pode configurar-se simultaneamente como um castigo, por importar em um ato de violência destinado a simbolizar uma relação de poder, de recondução das relações da arena de cidadania para uma arena de poder policial, na qual “bandidos” são tratados como tais.

(a4) desrespeito: diferentemente das outras formas de violência física, o desrespeito corresponde a uma forma de violência moral. Pode manifestar-se tanto na indiferença durante um atendimento, na truculência verbal durante uma abordagem, como ainda no uso de expressões de baixo calão ou mesmo em agressões à hora (xingamentos). Ele pode envolver uso de palavras de baixo calão, ou expressões depreciativas relacionadas à aparência do abordado, orientação sexual, afiliação, profissão, capacidade mental *etc.* O desrespeito assume um aspecto especialmente problemático quando se torna um padrão de relacionamento com os cidadãos abordados. Uma outra forma de desrespeito consiste na exposição vexatória da imagem do investigado preso (expondo-o aos jornalistas como um troféu da investigação, quando já sob custódia do Estado) a divulgação indevida de gravações de interceptações telefônicas legalmente autorizadas, a informação prematura de informações relativas à investigação. A manutenção de uma investigação contra pessoa que já se sabe inocente também pode configurar uma forma de desrespeito à privacidade.

(a5) violência gratuita: reserva-se para essa categoria as situações residuais de prática de violência física sem qualquer finalidade concreta, nem mesmo a reafirmação simbólica da autoridade policial, sendo portanto mera oportunidade de extravasar eventuais instintos

individuais violentos, em razão de distúrbios pessoais de personalidade. Todavia, estudos criminológicos demonstram que a maioria dos atos de violência policial não são meramente individuais (apenas psicológicos), mas possuem uma importante componente sociológica (aspectos organizacionais de representação conjunta da atividade policial), pois em muitas situações a violência é representada como uma prerrogativa institucional destinada a assegurar a manutenção da autoridade policial (ainda que de forma preventiva a eventual contestação).

(b) Corrupção policial

Reconduzimos a essa categoria todos os atos de violência que não são praticados para finalidades supostamente de interesse institucional (de eficiência ou justiça, ainda que numa representação torcida do justo), mas meramente de proveito pessoal⁴⁰⁴. Há dois níveis de corrupção: (i) corrupção tolerada (ou *light*): é o ato de corrupção que não é representado na cultura policial como um ato sério de corrupção, e portanto é tolerada, podendo ser praticada de forma ostensiva sem risco de sanções informais dos colegas, como o recebimento gratuito de refeições ou presentes, o exercício de funções particulares de segurança, o uso de identificação policial para “furar filas” e entrar gratuitamente em estabelecimentos comerciais ou casas de diversão (cinemas ou boates) fora do exercício da função, comer e não pagar a conta em restaurantes mediante o uso da identificação funcional e, eventualmente, o recebimento de pequenas vantagens para não agir diante de pequenos crimes, ou ainda para favorecer o policiamento em determinada área, a apropriação pessoal de bens institucionais (uso pessoal de viaturas, uso de funcionários para atividades particulares dos superiores), a subtração de objetos apreendidos (como armas ou drogas), ou ainda negociações espúrias com informantes para favorecer uma inação pontual em favor de trocas de informações⁴⁰⁵; (ii) corrupção de extorsão:

⁴⁰⁴ Esse conceito mais amplo de corrupção como “corromper os valores éticos” em proveito pessoal não coincide, portanto, com a definição mais estrita do crime de corrupção, previsto no art. 317 do CP, consistente em “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”.

⁴⁰⁵ Obviamente, a divisão que fazemos aqui depende da análise concreta de quais condutas são representadas por uma cultura policial específica (de um dado local, numa data específica) como aceitáveis e quais outras são claramente inaceitáveis. É possível que num ambiente altamente corrompido, o fato de policiais solicitarem propina de traficantes para não os prenderem seja representado como aceitável, enquanto numa outra cultura policial com valores democráticos fortemente enraizados, até mesmo o uso da carteira funcional para furar filas em cinemas fora da função, o recebimento gratuito de refeições ou o uso pessoal de bens públicos já sejam claramente representados como atos ilegais e não sejam aceitos pelos companheiros de profissão, devendo, portanto, serem praticados em oculto. A classificação proposta é apenas indicativa daquilo que provavelmente

normalmente essas modalidades já são claramente representadas na cultura policial como um ato ilegal, e portanto necessitam ser praticadas de forma oculta, como a exigência de vantagens de bandidos para sua liberação, ou a extorsão de comerciantes para receberem a própria atividade de segurança pública (a “caixinha da Polícia”), ou a cobrança para realizarem atos de ofício (como a cobrança pela liberação à vítima de um veículo anteriormente furtado que fora localizado pela Polícia); (iii) crime organizado: seria o nível mais alarmante de corrupção de valores, seja tendo o policial corrupto como um *insider* que garante proteção à atividade ilícita contra a própria Polícia (protegendo lojas de “bingo”, “jogo do bicho”, casas de prostituição, ou “bocas de fumo”); seja ainda com o efetivo envolvimento de policiais na direção de atividades de crime organizado com participação no produto do crime, como o tráfico de drogas, tráfico de armas, extorsão mediante sequestro de pessoas, roubos e outros.

(c) *Fraudes investigativas*

Nessa situação, há uma alteração artificial do quadro probatório recolhido na fase das investigações (objetos artificialmente incluídos ou excluídos da cena do crime ou do local da busca, depoimentos falsos arranjados) para incriminar ou deixar de incriminar alguém. No caso de prender alguém mediante uma falsa incriminação, a situação é conhecida na doutrina brasileira como “flagrante forjado”⁴⁰⁶. Também há fraude investigativa quando o policial mente em seu depoimento sobre a situação (situação conhecida na criminologia estadunidense como *testlying*, ou ainda como “cinismo policial”⁴⁰⁷ e denominada na França de *habillage*⁴⁰⁸). Há ainda

corresponde à média da representação da cultura policial brasileira, segundo a percepção deste autor (obviamente a demandar estudos criminológicos de comprovação da classificação proposta).

⁴⁰⁶ Sobre o tema, já dissertava Tourinho Filho, 2001:453: “Infelizmente já se tornou lugar-comum o procedimento de certos policiais que colocam substâncias entorpecentes no bolso do cidadão, ou em seu veículo, ou, no caso de busca domiciliar, para que esta não resulte infrutífera, apreendem, em qualquer dos cômodos, certa quantidade de maconha ou cocaína, por eles aí colocada, e dão voz de prisão ao infeliz... É o *flagrante forjado*. Daí porque devem os policiais, nesses casos, antes da busca, seja pessoal, seja domiciliar (e para evitar a suspeita dos seus depoimentos), convidar civis para assistirem à diligência”. Ver ainda Mirabete, 2002:376; Rangel 2009:700 e E.P. Oliveira, 2009:445. Não confundir com o flagrante preparado, previsto na Súmula n. 145 do STF, que consiste no fato de policiais induzirem uma pessoa a praticar o fato e em seguida assegurarem sua prisão; nessa última situação, o agente realmente praticou os atos, todavia, em razão da indução, o fato será (artificialmente) considerado como um crime impossível (crime de ensaio). Assim, preferimos reconduzir o flagrante preparado a uma ilegalidade de eficiência (o uso da indução vicia a vontade do agente, sendo uma diligência não admissível). Narrando outros casos em que policiais forjam um flagrante para extorquir o autuado para sua liberação, ver Guimarães, 2008:83-84.

⁴⁰⁷ *Testlying* é uma mistura de *testifying* com *lying* (testemunhar e mentir). Sobre o cinismo policial na doutrina estadunidense, ver Fildalgo Gallardo, 2003:374-376; Cox, 1996:169. Eventualmente o policial provoca o cidadão,

a possibilidade de alterar a cena do crime, especialmente para maquiar um crime praticado por policiais⁴⁰⁹. Pode ocorrer a fraude investigativa para: (i) incriminar pessoa que o policial acredita ser um criminoso, todavia, por não conseguir provas lícitas contra o suspeito, ele forja provas ilícitas (para atuar como “justiceiro”), situação que poderia ser reconduzida a uma modalidade de violência policial de eficiência; (ii) retaliação, para incriminar falsamente uma pessoa como represália pelo fato de uma pessoa não ter cooperado em outra investigação, por ter delatado ou ser testemunha de um desvio policial, por não ter cooperado com um esquema de crime organizado no qual o policial participa *etc.*; (iii) acobertamento de desvios policiais, situação na qual policiais combinam entre si versões dos fatos para elidir alguma responsabilidade por excesso ou ilegalidade de eficiência, ou plantam provas para justificar sua ação ilegal; (iv) por corrupção, quando a fraude visa elidir responsabilidade de outra pessoa culpada. A primeira hipótese pode ser reconduzida a uma modalidade de ilegalidade de eficiência; a segunda a ilegalidades de eficiência, ou à corrupção; a terceira está sempre conexa com um incidente de uso excessivo da força ou de ilegalidade de eficiência; e a quarta é uma forma estrita de corrupção (eventualmente associada à omissão dolosa de outros atos de investigação). Por não poder ser reconduzida de forma conjunta a nenhuma dessas outras categorias e pelo fato de a fraude processual em todas elas ter pontos em comum, preferimos classificá-la como um desvio à parte da violência ou da corrupção, apesar de ser uma forma de manifestação desses outros desvios.

(d) Omissão policial

Reconduzem-se a essa modalidade as situações de ilegalidade por ausência de ação. A omissão policial pode ocorrer por: (d1) ineficiência por desestrutura (ausência de recursos materiais e humanos suficientes); (d2) ineficiência por incompetência na gestão desses recursos existentes (políticas criminais de policiamento equivocadas, ações concretas falhas, condução da investigação fora da linha adequada, não realização de diligências de investigação relevantes); ou (d3) omissões dolosas (prevaricação), motivada por sub-representação da gravidade do crime, por relapso doloso, por razões pessoais, pela permeabilidade da Polícia a

para que este o desacate, para em seguida poder prendê-lo pelo desacato: ver Cox, 1996:194. De forma mais ampla, sobre a mentira policial, v. Barker e Carter, 1994:

⁴⁰⁸ *Habillage* é a conduta de imputação de um crime a determinada pessoa mesmo sem provas suficientes, ou seja, de “vestir” (*habiller*) o suspeito com a roupa do crime, ou ainda de “tematizar” o suspeito, inclinando as provas existentes no sentido da suspeita. Ver Mouhanna, 2007:144.

⁴⁰⁹ Documentando essa prática pela Polícia do Rio de Janeiro, inclusive com vídeos, ver: H. Andrade, 2013.

pressões de forças políticas ou econômicas, ou ainda por razões ligadas à corrupção (o acobertamento de ações criminosas organizadas).

A omissão pode ainda ligar-se a atividades de segurança pública ou de investigação. A omissão na prestação de segurança pública consiste em não atender a chamadas, não atuar ao perceber um crime em flagrante delito e não proteger de forma suficiente os interesses em jogo (pessoas, bens ou direitos). A omissão de investigação pode constituir tanto na não documentação da notícia do crime, na não realização das diligências necessárias a descobrir uma possível notícia de crime diante de uma situação suspeita, na não comunicação ao próximo elo da cadeia investigativa da notícia do crime recebida ou percebida (PM não comunica PC, agente de polícia não comunica ao delegado, delegado não comunica ao Ministério Público mediante a não instauração do procedimento de investigação), como ainda na não realização das diligências que seriam relevantes para o efetivo esclarecimento dos fatos, ou a dispersão da investigação por linhas de investigação manifestamente infundadas⁴¹⁰.

1.6 Fatores exógenos de arbitrariedade policial: o securitarismo

Além dos fatores de desvio policial relacionados com o próprio exercício da atividade policial, há fatores ligados à pressão social por recrudescimento da atividade policial em favor da elevação da sensação de segurança. Não se trata propriamente de situações de desvio policial, pois tais fatores favorecem a construção de uma pauta normativa ilegítima, ou seja, é a própria pauta normativa que desvia de um padrão ideal de legitimidade (à luz do paradigma ideal de Estado de Direito enquanto estado de proteção da liberdade). Vejamos.

1.6.1 Sociedade do risco e demanda de expansão da tutela penal

O final do século XX e este início do século XXI têm sido marcados por uma série de transformações no âmbito tecnológico, econômico, ambiental e cultural que têm alterado profundamente a forma de organização das relações sociais. Uma das principais obras para teorizar e sistematizar essas alterações é a obra de Ulrich Beck, *Sociedade do Risco*

⁴¹⁰ Segundo Saporì, 2007:129, é notória a ineficiência do gerenciamento de recursos humanos e materiais por parte da Polícia Civil no Brasil, de forma que “se por um lado os recursos financeiros são escassos, por outro lado, a escassez é muito mal administrada”.

(*Risikogesellschaft*⁴¹¹). Por esse trabalho, constata-se que as sociedades pós-industriais são marcadas por uma racionalidade instrumental autonomizada dos discursos morais que permitem o surgimento de novos grandes riscos potencialmente catastróficos. Beck fala de uma segunda modernidade (ou modernidade reflexiva), que é marcada pelo confronto com cinco processos: globalização, individualização, desemprego, subemprego, revolução dos gêneros e riscos globais (crises ecológicas e turbulências de mercados financeiros). O potencial tecnológico da humanidade tem condições de criar um holocausto planetário e nem todas as variáveis dessa complexa equação estão sob efetivo controle dos Estados nacionais. Dias identifica cinco características marcantes dessa nova sociedade do risco: os riscos derivam de ações involuntárias e irrefletidas, os riscos não são delimitáveis no tempo e espaço (são globais e transgeracionais), os riscos não são insuscetíveis de seguros por serem imprevisíveis e incalculáveis, há uma sobre-representação do risco efetivo pela reação psicossocial emocional das pessoas em geral (normalmente potencializado pela mídia) e, finalmente, há uma crise do paradigma tradicional de atribuição de responsabilidade (exigindo-se soluções de responsabilização coletiva do agir humano)⁴¹².

De forma significativa, os eventos de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque e de 11 de março de 2004 em Madri colocaram o problema do terrorismo como um desses riscos catastróficos, que passaram a exigir uma deriva securitária do direito penal⁴¹³. Eis o quadro: o risco de um atentado iminente, com alto potencial destrutivo de vidas, patrimônio e, mais que isso, do próprio estilo de vida, que não se sabe de onde vem a agressão (pode ser planejada em qualquer lugar do mundo graças à internet) e não se sabe o local (todos os espaços urbanos são potenciais alvos). Indivíduos qualificados como perigosos se reúnem em organizações não ocasionais, mas estáveis, com o propósito articulado de lutar contra o Estado de Direito.

⁴¹¹ Beck, 1998.

⁴¹² A.S. Dias, 2008:21-48. Em sentido semelhante, Feijoo Sanchez (2010) indica três características marcantes da sociedade do risco no pensamento de Beck: “1) Os afetados não são determinados por critérios espaciais, temporais ou pessoais; 2) Não é possível imputar de acordo com as regras vigentes sobre causalidade, culpabilidade e responsabilidade; e 3) Não são objeto de um seguro”. Destacando o aspecto da amplificação da demanda social por segurança pública em um nível irracional de completa segurança existencial, ver Frankenberg, 2006:374. Sobre o problema de uma política criminal orientada apenas para as vítimas virtuais, e a consequência deriva de securitarismo, ver G.C. Câmara, 2008:146-149.

⁴¹³ Destacando a influência do atentado terrorista em Madri como fator de acentuação da deriva securitária do processo penal na Europa, ver Moura, 2005:40. Para uma visão geral do recrudescimento da ação policial na Europa em razão dos fenômenos de terrorismo, e sua especial inaptidão para lidar com o terrorismo de reivindicação, ver Monet, 2006: cap. 9.

Não apenas o terrorismo tem acentuado uma demanda por segurança: o crime organizado (com todas as dificuldades que a própria doutrina penal tem de conceituá-lo) passa a encarnar uma versão terrena do mal, que está no meio de todos mas não se vê, que possui um efeito corrosivo das instituições democráticas e ameaça colocar em cheque a própria existência do Estado de Direito.

As novas formas de organização das relações sociais passaram a potencializar novas formas de riscos econômicos antes não conhecidos: a conduta negligente de um grupo de diretores financeiros pode arruinar toda uma economia e criar uma crise mundial. Exemplo paradigmático é a recente crise financeira de 2008, na qual a falência de um banco americano (Lehman Brothers), em razão de uma “bolha” no mercado imobiliário, criou um efeito dominó que gerou uma crise de dimensões mundiais, com perdas de bilhões de euros mundo afora. O dinamismo das operações financeiras no ciberespaço incrementa ainda mais esses novos riscos.

Esse cenário sombrio de ameaças globais, resultados potencialmente catastróficos, insegurança, incerteza e pavor coletivo tem gerado uma pressão sobre o direito penal tendente à sua expansão para novas áreas diversas do paradigma tradicional⁴¹⁴, como economia, ambiente e consumo, passando a ser o próprio sistema penal um instrumento de gerenciamento dos novos riscos. A eurística do medo passa a acentuar a preocupação da prevenção da catástrofe, o que impulsiona o Direito Penal a uma deriva securitária. O próprio valor das políticas segurança se transforma em uma “política da própria existência”, que passa a admitir mais restrições em nome da eficiência⁴¹⁵. No âmbito da retórica política, os direitos de liberdade são substituídos pelos deveres de segurança, cuja demanda amplificada se aproxima quase de uma exigência de segurança existencial⁴¹⁶. Se antes o direito penal estava voltado ao passado, agora o Direito Penal passa a se preocupar tanto com o futuro quanto a necessidade de uma resposta instantânea, pois a dissolução do tempo e espaço no momento passa a exigir respostas imediatas e urgentes à ameaça difusa e iminente⁴¹⁷. A atividade de prevenção se torna uma nova tecnologia de controle social⁴¹⁸.

⁴¹⁴ Para uma visão geral dessa tendência de expansão do direito penal, ver Silva Sanchez, 2002.

⁴¹⁵ Backes, 1989:93.

⁴¹⁶ Frankenberg, 2006:373.

⁴¹⁷ Acentuando o paradoxo de preocupações para-penais na proteção do futuro, ver J.F. Costa, 2010:7-16. Segundo Valente, 2009b:43, “a atividade jurídico-administrativa e jurídico-criminal de uma polícia pós-moderna se deve

Tal deriva securitária coloca em cheque as tradicionais categorias penais como bem jurídico (individual ou coletivo), ação (previsibilidade do resultado e a negligência), resultado (progressiva antecipação do momento consumativo), nexo de causalidade (flexibilização ou mesmo presunção) e culpabilidade.

O novo cenário de medos globais e de uma “cultura do medo” tem favorecido a que a pauta da segurança pública se torne central na esfera política, justificando discursos de aumento dos poderes do Estado de controle social. Não apenas a atividade do Estado se expande segundo a lógica da precaução: também as esferas privadas de organização da vida social passam a se reorganizar a partir da lógica da prevenção, florescendo sistemas de videovigilância nas áreas público-privadas (como shopping centers) e a crescente utilização de sistemas de policiamento privado.

Tal contexto de insegurança tem sido terreno fértil para o recrudescimento do sistema penal, com a proliferação de leis penais denominadas de emergência, criando subsistemas penais com respostas mais ásperas que o paradigma tradicional, inspiradas na lógica de “luta contra o crime”. Ademais, cada vez é menos nítido a dicotomia entre estado de normalidade e estado de exceção, diante da ampliação das situações de excepcionalidade normatizada⁴¹⁹. Ao lado da legislação, alguns esforços teóricos têm sido feitos para tentar dar legitimidade a essas novas manifestações da potestade punitiva. Um das mais conhecidas dessas tentativas de teorização e justificação é o denominado “direito penal do inimigo” de Jakobs.

1.6.2 O direito penal do inimigo de Jakobs como teorização da tendência securitária

Para construir sua teoria do funcionalismo penal sistêmico, Jakobs afirma que o Direito é um sistema de comunicação, através do qual o Estado assegura que as expectativas de interação social sejam respeitadas e, portanto, que todos os cidadãos tenham a segurança de poder cumprir seu papel na medida em que os demais também o irão fazer. Quando eventualmente um cidadão não cumpre seu papel e comete um delito, há uma quebra da referida expectativa, de sorte que a pena intervém como negação do delito, de forma a reafirmar a expectativa de vigência

basear em primeira linha na prevenção do perigo – que antecede à prevenção do dano”. Ver ainda Hassemer, 1999:261.

⁴¹⁸ Albrecht, 1989:47.

⁴¹⁹ Indicando esse fenômeno como uma modificação imanente ao sistema, ver Denninger, 2001:453.

da norma⁴²⁰. O cidadão é punido para que se reafirme tanto a ele quanto aos demais que a referida norma ainda está em vigor e, portanto, é necessário observá-la. Mas o cidadão que comete um delito ainda é uma pessoa, no sentido de ser um destinatário de interlocução com o Estado, tanto que existe a expectativa de que, após o cumprimento da pena, o cidadão que cometeu um crime volte a ser fiel ao Direito, retornando ao *status* de “bom cidadão”. Portanto, por se tratar de um “desvio provisório” o delinquente normal ainda mantém o status de pessoa, pois ainda há a expectativa de que volta a ser fiel ao Direito. Todavia, quando alguém deliberadamente se afasta da pauta de condutas do Estado e passa a querer deliberadamente praticar os crimes de forma duradoura como ideal de vida, sem oferecer qualquer garantia ao Estado de que, após o cumprimento da pena, volte a se comportar como um bom cidadão, este sujeito decide quebrar a possibilidade de diálogo sistêmico-normativo com o Estado e, portanto, deixa de ser uma pessoa nesse discurso⁴²¹. Torna-se uma não-pessoa no discurso. Pessoa em Jakobs tem o conceito específico de ser destinatário do discurso normativo e deve compor-se de três elementos: uma unidade de direitos e deveres, que se comporta de modo fiel ao Direito e fornece uma garantia cognitiva suficiente de comportamento pessoal⁴²². O cidadão é uma pessoa e, portanto, é destinatário das proteções do Estado de Direito; quem se afasta de forma deliberada e duradoura do Direito se torna inimigo do Estado e, portanto, uma não-pessoa no discurso normativo.

Por não mais oferecer qualquer expectativa de voltar a ser fiel ao Direito, o delinquente por convicção deixa de ser uma pessoa e passa a ser uma fonte de perigo. Assim, a pena perde o caráter comunicativo de reafirmação da expectativa de vigência da norma e passa a ser mera pena de segurança, de neutralização, de defesa.

A partir dessa visão do delinquente como uma fonte de perigo e um objeto de inocuização, cria-se um subsistema penal de exceção, inspirado numa lógica de guerra e de combate ao inimigo. Em síntese: para combater ameaças graves como o terrorismo e o crime organizado é justificável a restrição das garantias clássicas em nome da eficiência.

⁴²⁰ Conferir a posição de Jakobs, 2003:26-7, sobre a teoria da pena em relação ao cidadão: “A prevenção geral positiva - se é que se quer fazer uso desse termo - não deve denominar-se prevenção *geral* porque garante o genérico, melhor dito, o geral, isto é, a configuração da comunicação; por outro lado, não se trata de *prevenção* porque se quer alcançar algo por meio da pena, mas porque esta, como marginalização do significado da ação em si mesma, tem como efeito a vigência da norma. [...] A pena não é a luta contra um inimigo; tampouco serve ao estabelecimento de uma ordem desejável, mas somente à manutenção da realidade social”.

⁴²¹ Para a visão de Jakobs do direito penal do inimigo, ver Jakobs, 2008.

⁴²² Ver A.S. Dias, 2009:689.

Assim, podemos identificar na lógica do direito penal do inimigo cinco características⁴²³:

- a) Aponta para um etiquetamento, fundado na prognose de cometimento de novos crimes (não fidelidade ao Direito), o que justifica que um indivíduo assim etiquetado seja tratado como um inimigo;
- b) O inimigo deve ser tratado como objeto de inocuização, sem compromissos de ressocialização;
- c) A etiqueta de inimigo legitima uma resposta penal mais gravosa e a supressão de garantias processuais clássicas;
- d) Os atos do inimigo podem ter sua punição progressivamente antecipada, já que não se fundam nos atos passados, mas na prognose de atos futuros;
- e) O inimigo não deve ser reconhecido como uma pessoa em sentido jurídico.

Essa teoria do direito penal do inimigo tem procurado oferecer propostas de soluções diferenciadas, tanto no âmbito do direito penal como no do processo penal. Poderiam ser citados como exemplos de manifestação da lógica do direito penal do inimigo no âmbito do direito penal material a proliferação de crimes de perigo abstrato, crimes de cogitação ou preparação, a mutação da culpa como má gestão do risco, a responsabilidade por fato de terceiro, flexibilização da causalidade, imputação coletiva, o aumento desproporcionado de penas desligado da efetiva ofensividade da conduta e, finalmente, a tentativa de admissão da tortura dita “moderada” para investigação de crimes graves (como o terrorismo).

Essa lógica da “guerra ao crime” tem também impregnado a atividade policial, com analogias como “guerra às drogas”, “guerra à corrupção”, “guerra contra a delinquência juvenil”. Especificamente no âmbito da atividade policial, quando os policiais passam a identificar os possíveis delinquentes como “inimigos”, há uma transferência da lógica da guerra para a atividade de policiamento, com uma progressiva facilitação da admissão do excesso contra o inimigo. Como visto anteriormente, a despersonalização do criminoso é uma das principais causas que fomentam o desvio policial, que justifica a não aplicação das garantias inerentes aos

⁴²³ Em linhas gerais, ver Jakobs, 2008; Greco, 2005; Cancio Meliá e Maraver Gómez, 2006:100-106; Zaffaroni, 2001; Hassemer, 1999:266 *et seq.*

direitos fundamentais (que seriam exclusivas dos cidadãos de bem)⁴²⁴. A lógica do inimigo na atividade policial é um fator de fomento da violência policial⁴²⁵.

Todavia, interessa-nos especialmente analisar a erosão de garantias processuais penais ligadas à lógica do direito penal do inimigo e a relação desse problema com as funções tradicionais do processo penal, como instrumento de promoção de segurança e liberdade.

1.6.3 Segue: aspectos específicos de erosão das garantias tradicionais na atividade policial contemporânea

O cenário desenhado, da sociedade confrontada com novos riscos, o Estado social colocado na exigência de promover segurança frente aos novos riscos, a tensão de valores que essa nova exigência coloca perante o Estado e inclusive as novas teorias que procuram legitimar uma resposta mais exacerbada do Estado perante tais riscos, todo esse conjunto de fatores gera uma pressão para que progressivamente a eficiência seja vista como fator de restrição das tradicionais garantias. Esse conjunto de erosões dos princípios tradicionais do Estado de Direito tem sido reconhecidos como a institucionalização de um estado de exceção no seio do Estado de Direito, os germens de uma democracia totalitária⁴²⁶.

Especificamente no âmbito da atividade policial, há três áreas (principais) em que se faz o diagnóstico de erosão das garantias tradicionais: a policialização, o vigilantismo, e a

⁴²⁴ Documentando essa visão da cultura policial de que os direitos humanos não seriam para os bandidos: Paixão *et al.*, 1992:85. Eles relatam o caso em que um estuprador (Jorge Defensor) foi vítima de violência policial em 1979, e o caso tomou repercussão pública, com forte crítica à brutalidade policial; em resposta, e diversos policiais passaram a criticar o fato de que a sociedade estaria sendo tolerante para com os “marginais” e severa em extremo com a Polícia.

⁴²⁵ Relacionando a visão da Polícia como em guerra ao crime como um fator de propensão da prática de desvios policiais: A.T.M. Costa, 2004; Skolnick e Fyfe, 1993:133. Bittner, 2003:140-143 afirma “a mudança retórica de ‘controle do crime’ para ‘guerra contra o crime’ significa a transição de uma preocupação de rotina para um estado de emergência”. Valente, 2009b:132, identifica a lógica do direito penal do inimigo na atividade policial como um fator da ilegitimidade da atividade de segurança pública. V. ainda, de forma mais desenvolvida, Valente, 2013:49 *et seq.* Interessante observar que o item C da Declaração sobre a Polícia do Conselho da Europa (Anexo à Resolução n. 690 da Assembléia do Conselho da Europa), expressamente proíbe que policiais civis venham desempenhar funções de combatentes, ainda que em estado de guerra e de ocupação por inimigo, o que reforça que a atividade de policiamento é direcionada à administração de conflito entre cidadãos e não entre inimigos.

⁴²⁶ Segundo Agamben, 2004:21, o estado de exceção se normalizou como paradigma ordinário de governo. Otero, 2001, fala de uma democracia totalitária no século XXI, marcada pela disseminação de uma cultura de morte, de colonização do indivíduo pelo Estado dito de bem-estar mediante a hiperjuridificação, e uma progressiva relativização dos direitos fundamentais.

tendência de flexibilização de critérios de restrição de direitos na atividade de investigação⁴²⁷. Analisemos cada uma delas.

1.6.3.1 Policialização

Um dos aspectos mais problemáticos da introdução da lógica do risco no processo penal é a contraposição entre a expectativa social de intervenção imediata e o tempo processual necessário ao asseguramento das garantias. A maior pressão para resposta rápidas e eficientes se dá sobretudo em relação aos órgãos de atuação policial, que intervém faticamente para evitar a ocorrência de ilícitos ou para restabelecer a ordem após sua comissão. O clima de insegurança generalizado que se desenvolve quando se está diante do terrorismo e da criminalidade organizada e a deriva securitária do sistema passam a exigir respostas urgentes e imediatas, todavia, essa exigência normalmente entra em choque com a necessidade de se submeter a restrição de direitos fundamentais na fase das investigações a uma prévia autorização judicial.

O Estado de Direito exige a separação de poderes como técnica de contenção de arbitrariedades. Certamente a separação de poderes diminui a efetividade para assegurar maior proteção contra arbitrariedades, mas é exatamente essa a lógica do instituto: um Estado um pouco mais fraco, mas cuja arbitrariedade pode ser detectada e detida a tempo. O problema é quando esse estado débil se confronta com riscos extraordinários e se põe o paradoxo de fazer frente aos riscos ou dismantelar a lógica garantista do Estado de Direito⁴²⁸.

Nas situações ordinárias, a prévia autorização judicial é vista como uma garantia de proteção dos direitos fundamentais do réu no âmbito da persecução penal, em especial para as hipóteses de prisão preventiva, buscas domiciliárias, interceptações telefônicas, restrições patrimoniais. Não foi sem razão que a Constituição Portuguesa exige uma “reserva de decisão judicial” para a restrição dos referidos direitos fundamentais⁴²⁹. Assim, os direitos fundamentais

⁴²⁷ Em Ávila, 2010b, acrescentamos outras três áreas de erosão genérica das garantias na persecução penal: a tendência de neutralização antecipada do inimigo, a aceleração processual anti-garantista e a supressão de defesa. Deixamos de analisá-las aqui por entendermos que as acima indicadas são as mais relevantes para o estudo a que ora nos propomos.

⁴²⁸ Benda, 2001:503-4.

⁴²⁹ Em linhas gerais, CRP/1976, art. 202.2 (garantia de acesso à justiça), art. 28.1 (controle posterior da prisão em flagrante), art. 29.1 (imposição de penas criminais) e art. 34 (proteção à inviolabilidade domiciliar, e das

da liberdade, da inviolabilidade domiciliar e das comunicações telefônicas, e ainda o patrimônio (esse último obviamente com menor dimensão jusfundamental) admitem sua restrição no curso do processo penal quando diante de razões mais fortes de interesse social, em especial a realização da justiça penal. Todavia, a restrição de tais direitos fundamentais necessita da prévia comprovação da presença dos requisitos de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade), que serão avaliados de forma serena e mais distante das pressões imediatistas pelo magistrado, que nessa perspectiva é visto como um guardião para a proteção dos direitos fundamentais. A lógica subjacente à garantia de prévia intervenção judicial para restrição de direitos fundamentais é exatamente afastar o órgão decisório das pressões contingenciais envolvidas no processo de investigação, assegurando sua efetiva imparcialidade. Isso porque, como o juiz não está envolvido na atividade de investigação, possui maior isenção para avaliar os indícios que lhe são trazidos como causas de justificação para a restrição dos direitos fundamentais e poderá avaliar de forma isenta se eles são efetivamente suficientes à restrição pleiteada.

Essa lógica de serenidade e maior distanciamento do juiz para prolação de suas decisões em comparação com os funcionários policiais não constitui mera elucubração, mas possui respaldo científico. Recente estudo feito por psicólogos franceses sobre as respostas dadas por magistrados (juízes e membros do Ministério Público) e por policiais quanto a problemas de atuação “difíceis”, que abrangiam “dilemas morais”, constatou que os policiais inscrevem sua “orientação moral” sobre o problema da manutenção da ordem, da aplicação da lei e, portanto, inscrevem-se no respeito às regras literais, enquanto os magistrados repousam sua “orientação moral” sobre um equilíbrio entre a aplicação da lei e a harmonia social e, portanto, admitem mitigações às disposições normativas literais em função de outros princípios de justiça superiores⁴³⁰.

comunicações). Sobre a reserva de decisão judicial nesses casos de restrição de direitos fundamentais, ver Canotilho, 2003:1299.

⁴³⁰ Huart *et al.*, 2009. Tal estudo documentou que essa diferença de perspectiva de raciocínios entre policiais e magistrados, os primeiros com uma visão mais de resultado imediato de manutenção da ordem e os segundos com uma visão mais de justiça global e de considerações éticas mais gerais (e às vezes subjetivas) gera em muitas situações conflitos de compreensão recíproca entre as duas categorias profissionais. Documentando semelhante diferença de racionalidade, na qual o *standard* de atuação da Polícia (suficiente para afirmar que alguém praticou um crime) é menos exigente que o do Ministério Público (suficiente para sustentar uma condenação), ver Cuadrado Salinas, 2010:76. Para a característica marcante da imediatidade na racionalidade policial, ver comentários acima, nos itens 1.4.2.4. e 1.4.2.5.

Todavia, a pressão sobre as autoridades policiais para uma resposta imediata contra o crime passa a progressivamente exigir uma desjurisdicionalização da restrição de direitos fundamentais, para se permitir diretamente às autoridades policiais a intervenção imediata no âmbito dos direitos do arguido, em nome da eficiência das diligências. Segundo Frankenberg, substitui-se a reserva de juiz por uma reserva de chefe de polícia, com significativas perdas de controle e do paradigma de Estado de Direito⁴³¹. Também se reforça a deslegalização da atividade policial, mediante o recurso crescente a conceitos jurídicos indeterminados para regulamentar sua atividade, relegando-se à própria Polícia a faculdade de atribuir o sentido da norma, ou seja, de criar seus próprios limites⁴³². Assim, a lógica do medo e da insegurança passa a criar bolsas de exceção à garantia de intervenção judicial na investigação, para caminhar progressivamente rumo à policialização da investigação⁴³³. Também se criam bolsas de subtração à atividade de fiscalização da Polícia pelo Ministério Público, ao argumento de conceder maior independência à Polícia⁴³⁴.

⁴³¹ Frankenberg, 2006:378.

⁴³² Sobre a deslegalização como fator de ampliação da erosão do conteúdo da legalidade vinculativa da administração: Otero, 2003:899-903; Correia, 1987:160.

⁴³³ Utilizam a expressão policialização (*Verpolizeilichung*) para referir-se à subtração de restrições de direitos fundamentais da prévia apreciação judicial ou ao crescente domínio de condução da investigação pela Polícia: Roxin, 2000:58; Ambos, 2009:12; M.C. Andrade, 2011:534; Valente, 2009b:302. No mesmo sentido, ver afirmação de R. Pereira, 2009:248: “a policialização do inquérito constitui sempre um erro porque só uma magistratura pode conduzir estrategicamente o processo no sentido de deduzir uma acusação bem sucedida. [...] Não se deve confundir autonomia técnico-tática dos órgãos de Polícia Criminal com a autonomia estratégico-processual do Ministério Público.” Albuquerque, 2009:628, refere que o debate doutrinário sobre a policialização na Alemanha tem chegado mesmo a discutir a possibilidade de policialização da instrução, de forma a que se aumentem os direitos de participação do arguido no processo preparatório para permitir o aproveitamento da prova na audiência de julgamento. Referindo-se às hipóteses de restrição de direitos fundamentais diretamente pela Polícia como “situações-desvio”, cuja legitimidade deve ser avaliada dentro dos limites do razoável de forma que a exceção ao princípio regra não viole princípios constitucionais basilares, ver J.F. Costa, 1994:233. Ele também se refere à policialização como sendo a condução da investigação diretamente pela Polícia sem o acompanhamento pelo Ministério Público, também com um sentido negativo, mas que seria inevitável em relação a alguns tipos de criminalidade (*ibidem*: 243-4). Em sentido mais amplo, criticando a desjurisdicionalização em favor da atuação “policalesca”, numa verdadeira atuação policial para-judiciária, como uma exceção aos postulados garantistas do Estado de Direito, e um uso sociologicamente direcionado ao controle ilegítimo das classes marginalizadas, dos inimigos, ver Ferrajoli, 2002:617. Sobre o subsistema penal de exceção (o policalesco), ver Ferrajoli, 2002:649 *et seq.* Um exemplo de policialização no Brasil: antigamente, para a ação controlada (ou flagrante retardado) para crimes praticados por associações criminosas, não era necessária prévia autorização judicial (Lei n. 9.034/1995, art. 2º, II); posteriormente a Lei n. 11.343/2006, art. 53, passou a exigir prévia autorização judicial para a entrega controlada de drogas (uma subespécie de ação controlada); todavia, a recente Lei n. 12.850/2013, art. 8º, § 1º, exige mera “comunicação prévia” ao juiz, transformando-se num procedimento de convalidação judicial posterior.

⁴³⁴ Na Itália, o CPP originalmente estruturou um sistema rígido de direção da investigação pelo Ministério Público e controle estrito da atividade policial, todavia, as posteriores reformas legislativas, motivadas por eventos criminosos específicos que geraram clamor social, acabam por reduzir o poder de controle do Ministério Público e favorecer a atuação da Polícia sem controles tão rígidos. Ver Lupária, 2009:193; Vogliotti, 2011. Já Cartuyvels,

Assim, quando se transfere a possibilidade de restrição de direitos fundamentais diretamente para a autoridade policial, perde-se substancialmente a garantia de que haverá isenção e serenidade na apreciação dos indícios necessários para a restrição dos direitos fundamentais, permitindo-se a contaminação com a urgência do momento ao mesclar as figuras de legislador, julgador e executor no mesmo órgão⁴³⁵.

A policialização também é uma manifestação da sociedade do risco, na qual há uma progressiva delegação de autoridade para gerenciar os novos riscos para a mão dos *experts*, que nesse caso são as autoridades públicas de segurança, as únicas que conhecem a real extensão da ameaça decorrente do terrorismo, do crime organizado ou da escalada da criminalidade de rua⁴³⁶. Conforme pondera Simon, a eleição da “guerra contra o crime” como um aspecto central da política pública acaba por retirar a primazia do Poder Judiciário como órgão de justiça criminal e passa a transferir tal responsabilidade ao Poder Executivo, especialmente seus órgãos de prevenção criminal (Polícia)⁴³⁷. Há também um enfraquecimento da intervenção do Legislativo e da participação democrática direta na formação das políticas de segurança pública, já que o *paternalismo policial* impõe a consideração de que apenas a Polícia (por ser a única expert no tema da segurança pública) sabe quais são as reais soluções para os problemas de segurança pública, um cenário especialmente agravado pela emergência constante do terrorismo e da escalada da criminalidade organizada e da insegurança urbana⁴³⁸. Assim, o medo do crime passa a ser um instrumento de governo através da Polícia, de legitimação de progressivas áreas de

2011, indica o a policialização na Bélgica como um sucateamento da estrutura do Ministério Público e magistratura em favor de maiores investimentos na Polícia, que acabam gerando uma impossibilidade destes controlarem a atividade policial.

⁴³⁵ Um exemplo de policialização no sistema jurídico português é a permissão constante do art. 174.5 do CPP de realização de buscas domiciliárias diurnas sem autorização judicial, em situações de urgência, tema que não iremos aprofundar nesse trabalho, mas que indicamos os perigos de sua admissão. Para que se tenha dimensão do problema, Weigend, 1999:194, refere que na Alemanha apenas 10% das buscas são realizadas com fundamento em autorização judicial, já que a utilização da brecha da dispensa de autorização em situações de urgência prevista no art. 105.8 da StPO acaba por relativizar totalmente a garantia judicial. Na Inglaterra, as regras estritas do PACE de 1984 para a obtenção de provas ou para prisão pela Polícia têm sofrido reiteradas relativizações nos casos de terrorismo ou crimes graves: Jones, 2008:714.

⁴³⁶ Aponta esse argumento, correlacionando o tema com a sociedade do risco de Beck: Moeckli, 2008:196. Também cita como exemplo os casos de detenção preventiva de suspeitos de terroristas nos EUA e Reino Unido, sem controle judicial, e a ampliação da discricionariedade das forças policiais.

⁴³⁷ Simon, 2007:111-140.

⁴³⁸ Sobre o paternalismo policial como um fator de erosão do debate democrático sobre as políticas de segurança pública, ver Loader e Walker, 2007:197.

intrusão nos direitos fundamentais⁴³⁹. O problema é que toda elevação no nível de segurança acarreta uma necessidade social de segurança suplementar, num ciclo virtualmente infinito. E a Polícia isoladamente não possui condições de assegurar todos os pressupostos de realização dos direitos fundamentais⁴⁴⁰.

O fenômeno da policialização também possui uma vertente sociológica, com a proliferação de sentimentos sociais de tolerância para com uma (pseudo) justiça imediata e sumária, a ser aplicada no calor dos fatos, fora do quadro das garantias tradicionais do processo penal, tais quais grupos de extermínio, linchamentos ou “corretivos” policiais⁴⁴¹. Tais representações sociais acabam por incentivar outras tendências de arbitrariedade policial, criando novas crises de legitimidade no sistema penal.

1.6.3.2 Vigilantismo ou panoptismo

Outra perspectiva da introdução de elementos de risco e guerra no processo penal é a progressiva compressão das esferas de privacidade dos cidadãos, para introduzir uma nova forma de interação social na qual cada vez mais os espaços reservados são comprimidos e cada vez mais se permitem incursões no âmbito da vida privada das pessoas como instrumento de prevenção da ocorrência de crimes, ou de investigação mais eficiente dos mesmos. Esse fenômeno do controle integral dos espaços de vida privada foi descrito por Foucault como sendo uma forma de panoptismo social ou vigilantismo⁴⁴².

Foucault recupera a descrição do panóptico de Jeremy Bentham para descrever a realidade das instituições totalitárias, como prisões, hospitais, manicômios, fábricas ou mesmo escolas. Nessa estrutura arquitetônica, há um vigia numa torre central rodeado por anéis periféricos, de sorte que todos os internos podem ser vigiados constantemente pelo sistema.

⁴³⁹ Sobre o governo através do medo do crime no atual cenário pós-terrorismo, ver Simon, 2007. Sobre a utilização do medo como técnica de governo, durante a Europa tardo-medieval e moderna, ver Delumeau, 2009.

⁴⁴⁰ Nas palavras de Hassemer, 1999:286: “a Polícia apenas pode e deve prevenir perigos e perseguir o delito, não pode nem deve criar uma ‘ordem’ entendida como os pressupostos dos direitos fundamentais”.

⁴⁴¹ Indicando o fenômeno no Brasil, ver Gomes Filho, 1991:2.

⁴⁴² Ver Foucault, 2004. Para comentários à posição de Foucault, ver Santos, 2010 e Johnston, 1996. Também utilizando a expressão panoptismo social para descrever a forma como o sistema penal se integra com o sistema de assistência social para vigiar continuamente os indivíduos pertencentes às classes mais desfavorecidas, ditas classes “de risco”, ver Wacquant, 1999:144 *et seq.* Segundo Mattelart, 2010:14, essa tendência de controle integral das pessoas foi acentuada pelas guerras modernas, indicando que vigilância de massas e estratégias militares estão intimamente ligadas. Criticando essa ampliação de controle, v. Hassemer, 1999:280.

Inverte-se a lógica liberal da sociedade democrática: ao invés de se conceder a liberdade às pessoas e punir seu desvio, passa-se a controlar a vida das pessoas para evitar que essas cometam o desvio. Ainda que vigilância (antes) e punição (depois) sejam métodos complementares, para condicionar à docilidade no comportamento social, Foucault conclui que é mais rentável à economia do poder a vigilância constante do que a punição.

Ao lado (ou em sucessão) dessa sociedade disciplinar, com o enquadramento da existência em locais fechados (escolas, hospitais, fábricas, prisões) que ordenam o tempo e o trabalho da pessoa, num processo de moldagem, surge atualmente uma sociedade de controle, na qual os espaços se interpenetram e há um tempo instantâneo e perene de controle, uma modulação universal⁴⁴³. O controle, antes hierárquico, agora opera em rede, estando toda privacidade do indivíduo potencialmente sujeita à devassa pelo rastreamento de seus gastos digitais (contas bancárias, cartões de crédito), comunicações telefônicas, informações constantes da internet, e até mesmo sua localização instantânea via rastreamento GPS por telefonia celular.

Essa lógica de “controle integral”, com diminutos espaços da privacidade, é uma das características marcantes das relações sociais pós-industriais, diante dos renovados medos e inseguranças globais que passam a exigir o princípio da precaução. Essa precaução levada ao limite acaba por suprimir virtualmente os espaços íntimos e impor uma constante abertura à fiscalização. Nessa toada, ampliam-se as restrições à inviolabilidade domiciliar, às comunicações telefônicas, os sigilos derivados do privilégio de profissão e outros espaços antes reservados ao desenvolvimento da pessoa. É cada vez menor o espaço livre do escrutínio estatal efetivo ou potencial. Os fenômenos de terrorismo e ameaças globais também levaram para níveis globais as reações de securitização e de vigilância social cada vez mais intrusiva⁴⁴⁴.

Uma expressão do vigilantismo social tem sido a expansão das câmaras de videovigilância em áreas abertas ao público, como ruas, parques, condomínios, centros comerciais e áreas de trabalho. Também se expressa na crescente atividade policial de recolha, armazenamento e análise de dados sobre diversos aspectos da vida social, guiada pela lógica da prevenção criminal e rotulada como atividade de inteligência, de forma que o computador se

⁴⁴³ A expressão de sociedade do controle foi utilizada por Deleuze, 1990, referindo-se à normalização do registro e à antecipação probabilidades de comportamentos mediante controles sistêmicos. Comentando essa evolução da sociedade disciplinária para a sociedade do controle, ver R. Costa, 2004 e Mattelart, 2010.

transforma em um “instrumento do diagnóstico de toda a sociedade”, um “novo estilo de prevenção que muda e redesenha esse estado”⁴⁴⁵. O vigilantismo também é reconhecível nos atuais programas de incentivo generalizado de denúncias anônimas (sem a garantia da responsabilização por eventuais denúncias falsas), de forma a expandir os “olhos” do Estado, e mesmo permitindo o início das investigações apenas com base nessas denúncias anônimas⁴⁴⁶.

Narr descreve que o incremento lógico da prevenção no âmbito da atividade policial tende a expandir as áreas sujeitas à fiscalização policial e a antecipar o *timing* da intervenção policial, que passa a intervir mesmo onde ainda não há qualquer suspeita concreta, criando uma rotina de invasão constante da privacidade em nome da promessa de segurança, que em verdade não pode ser totalmente assegurada dessa maneira⁴⁴⁷. Albrecht descreve a expansão das áreas sujeitas à intervenção policial como associada ao fenômeno do desenvolvimento de um estado de segurança intervencionista, no qual a administração pública substitui progressivamente as estruturas naturais de controle social e as tradicionais áreas da vida privada passam progressivamente a um crescente controle estatal⁴⁴⁸.

Denninger descreve como uma “prepotência policial” o risco de que as Polícias, em nome de combater a criminalidade organizada e o terrorismo, se transformem em grandes serviços secretos de inteligência, colocando em risco os valores democráticos⁴⁴⁹. Mas também reconhece que uma das estratégias para o controle de grupos extremistas contra o regime democrático, naquilo que ele denomina de “democracia militante” (uma democracia que defende a si mesma de ataques ao regime democrático), seriam a “recolha e avaliação de informação, também em âmbitos que antecedem a ameaças concretas para os bens jurídicos protegidos; tal recolha e avaliação de informação abarca desde a observação geral contínua da periferia política

⁴⁴⁴ Mattelart, 2010: 20.

⁴⁴⁵ Backes, 1989:82. Backes indica o “novo arsenal” de investigação criminal pró-ativa, virtualmente mais intrusivo, como sendo: atividades rotineiras de observação, uso de aparatos tecnológicos de vigilância (como interceptações telefônicas, aparelhos infra-vermelho, câmeras e microfones ocultos), uso de agentes encobertos e informantes da Polícia, investigação de reuniões públicas, recolhimento sistemático de informações sobre pessoas específicas, compilação de perfis de personalidade e de estilos de atuação, análise contínua de dados.

⁴⁴⁶ Criticando esse instituto, ver A.M. Rosa, 2010, lembrando que na época da *inquisitio extraordinem* era admissível a qualquer do povo lançar dentro das “bocas dos leões” suas delações apócrifas, criando um estado de constante sobressalto pelo risco de sofrer denúncias caluniosas.

⁴⁴⁷ *Apud* Albrecht, 1989:52.

⁴⁴⁸ Albrecht, 1989:56.

⁴⁴⁹ Denninger, 2001:448.

até a vigilância de pessoas concretas suspeitas de atividades contrárias à Constituição”⁴⁵⁰ e ainda a ação preventiva e repressiva-policial para defesa frente a ataques a partir de ações individuais concretas.

Parece-nos inevitável que a complexidade das novas relações sociais imponha novas formas de interação que passem a exigir mecanismos de segurança diferenciados. Todavia, a expansão crescente dos espaços de exceção não pode deixar de ser diagnosticada como uma área de preocupação para o jurista compromissado com a defesa das liberdades pessoais. Especialmente quando políticas influenciadas pela lógica de tolerância zero para pequenas infrações acabam por criminalizar a própria pobreza e por induzir a respostas cada vez mais agressivas da Polícia para pequenas infrações, que com o passar do tempo acabam fomentando a própria violência policial⁴⁵¹.

Quando se alia essa tendência social de restrição das áreas de privacidade à característica inerente dos delitos associativos, que é a organização planejada de ações que correm em segredo e normalmente fora dos olhares de terceiros, com meticuloso planejamento de como se apagar seus rastros, então a pressão para maiores restrições da esfera privada no âmbito da investigação desses crimes se torna ainda maior. Enquanto no direito material há uma tendência de antecipação do momento consumativo dos delitos, no processo penal há uma tendência de antecipação da intervenção investigativa para antes mesmo no início da prática da infração, de sorte a se revelar “zonas perigosas” antecipadamente para incidir a área de prevenção⁴⁵². Quando se pauta pela prevenção “não se espera que situação perigosa piore, antes, age-se preventivamente armazenando-se conhecimento do campo de desenvolvimento de potenciais riscos para uma intervenção posterior”⁴⁵³. O grande problema dessa segurança intrusiva (*pervasive security*) é que ela normalmente realiza pouco para efetivamente confrontar as condições que geraram a insegurança, acabando por acentuar ainda mais a insegurança, criando um círculo vicioso de insegurança (um estado de insegurança gera restrições

⁴⁵⁰ Denninger, 2001:468.

⁴⁵¹ Criticando as políticas (inicialmente) estadunidenses de *Law and Order* e a tolerância zero, ver Wacquant, 1999. Relacionando como essas políticas potencializam a violência policial, ver Daniels, 2000.

⁴⁵² Sobre a ação antecipada no processo penal nesse tema, ver Hassemer, 2007:194; Albrecht, 1989:51-56; Backes, 1989:80.

⁴⁵³ Backes, 1989:83.

generalizadas, que não são suficientes para eliminar totalmente as inseguranças e realimentam as sensações de insegurança)⁴⁵⁴.

A amplitude to panoptismo no âmbito criminal foi profundamente alargada pela lógica do crime organizado, que imprimiu um novo paradigma metodológico na investigação criminal. A existência de crimes sem vítimas, realizados por organizações sofisticadas, que camuflam suas ações e impõe em seu seio uma lei do silêncio, muda drasticamente a lógica da investigação. No paradigma tradicional de reação ao crime, a Polícia toma conhecimento de um crime para poder iniciar uma investigação, a qual deverá tentar reconstruir através dos indícios recolhidos o que ocorreu. No novo paradigma introduzido pelo crime organizado, a Polícia não toma conhecimento do crime para iniciar a investigação, ela deve estar constantemente monitorando as áreas sensíveis à prática de crimes para detectar os sinais invisíveis de uma possível ação criminoso (alertas precoces), para, a partir dessas pistas, identificar a possível realização de um crime. Não se investiga um fato delimitado, mas uma atividade criminoso, visando o seu conhecimento em tempo real (presente) e a prognose de suas próximas ações (futuro). Nesse paradigma a Polícia não mais aguarda a comunicação do crime para agir, ao contrário, ela age constantemente, numa investigação pró-ativa⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Loader e Walker, 2007:206, denominam essa *pervasive security* de uma forma de segurança autoritária. De forma mais ampla (*ibidem*: cap. 8), eles propõem quatro categorias de vícios que estão a contaminar atualmente a prestação de segurança pública pelo Estado: o paternalismo policial (apenas os policiais sabem o que é relevante para a segurança pública), o “comensurismo” securitário (o Estado deve verificar as preferências dos “clientes” do serviço de segurança e deve realizá-las – como as políticas de tolerância zero e *broken-windows*), o autoritarismo securitário (expansão da compressão das áreas de restrição de direitos em nome da segurança pública) e a fragmentação securitária (o Estado abre mão de sua responsabilidade central como provedor de segurança pública para compartilhá-la com agentes privados, degenerando a qualidade da igualdade na fruição desse direito). Para superar esses vícios, propõem uma “civilização da segurança”, mediante um papel central do Estado na sua condução, mas necessariamente aberto à participação democrática na eleição das políticas criminais, sempre limitada pelo respeito aos direitos fundamentais enquanto fator de legitimação da atuação estatal, num diálogo constante entre os diversos intervenientes sobre os problemas de segurança pública. Sobre as vantagens e desvantagens da introdução da lógica de mercado (marketização) na atividade policial, ver Jones, 2008:707-709, concluindo que a nova *police governance* deve abranger tanto a coordenação das diversas formas de policiamento (público, privado e comunitário) e articulá-los com a necessidade de cumprir agendas nacionais e prestar contas de suas ações em nível local. Ver mais comentários sobre *accountability* infra, na subseção 2.4.1

⁴⁵⁵ Essa expressão de “investigação pró-ativa” em relação ao crime organizado, representativa de uma nova metodologia investigativa, é teorizada e exposta por Braz, 2009:331-343. Também se referindo ao paradigma da investigação pró-ativa, mas reconduzindo-a ao âmbito das atividades de prevenção, sempre que ainda não houver um conhecimento de um fato criminoso concreto, ver Cunha, 1993:222-227. Também utilizando a expressão “sistemas de alertas prévios” quando à investigação de atividades de extremismo político, mediante um sistema contínuo de recolha e avaliação de informações pelos serviços secretos, ver Denninger, 2001:470.

Da mesma forma como o direito penal antecipa seu momento de atuação (criminalizando as situações de perigo), o processo penal também antecipa seu momento de atuação, passando a investigar não mais os indícios de um fato concreto, mas a recolha constante de informações para a eventual descoberta do próprio fato. Nesse ponto, o panoptismo se funde com a policialização quando essas diligências de pré-investigação são qualificadas como meros atos de inteligência (ou atividades de prevenção) e, portanto, são subtraídas dos sistemas de controle tradicionais do inquérito⁴⁵⁶. Dilui-se a tradicional divisão entre atividade de prevenção e repressão, pois a própria prevenção se torna uma repressão antecipada e, o pior, sem controle.

Assim, diligências como o agente infiltrado, interceptações telefônicas, investigações *on line*, quebra de sigilos bancário (incluídos os gastos de cartão de crédito) e fiscal e outras restrições à vida privada, ainda que se apresentem em muitas situações como medidas necessárias ao esclarecimento do crime organizado, devem ser vistas com as cautelas necessárias à não banalização da vida privada. Muitas outras áreas estão sujeitas à potencial vulneração do controle integral, como a localização geográfica através de sinais de telefonia celular e o armazenamento sistemático de informações pessoais em bancos de dados policiais.

A tendência de transportar para o processo penal a finalidade de prevenção de crimes deve ser vista com cautela. Em verdade, o processo penal (em sentido estrito) age quando o delito já foi praticado, para investigar e punir os responsáveis, sem prejuízo de medidas político-criminais preventivas (mas que não são propriamente atos de investigação criminal). Quando se introduz o elemento securitário no âmbito processual, confundindo as atividades de investigação criminal com a inteligência para prevenção de crimes, corre-se o sério risco de querer estender às atividades de mera inteligência (não ligadas concretamente à investigação criminal) a possibilidade de restrição profunda de direitos fundamentais que existe no âmbito do processo penal, instalando-se virtualmente um sistema de controle social totalitário preventivo, que potencialmente devassa a vida das pessoas para obter a informação de que alguém

⁴⁵⁶ Em Portugal, a Lei n. 36/1994, art. 1.3, prevê medidas de investigação pro-ativas em relação à corrupção e criminalidade econômica e financeira, especialmente a recolha de informações relativamente a notícias de fatos susceptíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime e a a requisição de documentos para averiguar a conformidade de atos ou procedimentos administrativos. Obviamente, uma atividade tendente à investigação de crimes, mas não etiquetada como investigação criminal. Segundo G.M. Silva, 2005:410, a restrição de direitos fundamentais no âmbito dessas atividades de “pré-investigação” (na lei, prevenção) deve ser excepcional e limitada pela reserva de jurisdição e antes diante de fatos especialmente graves.

eventualmente planeja praticar algum delito grave. Uma situação problemática que, se mal gerida, certamente leva ao surgimento de um estado policialesco.

1.6.3.3 Progressiva flexibilização dos critérios de restrição de direitos fundamentais no processo penal (pânico processual)

A introdução do medo no processo faz com que se perca a serenidade necessária para assegurar as garantias de proteção do réu, permitindo uma progressiva flexibilização dos critérios de restrição de direitos fundamentais no processo penal.

Esse fenômeno de contaminação dos agentes processuais pelo pânico social, gerado pela representação hiperdimensionada do crime organizado e do terrorismo, foi denominado por Lopes Jr. como sendo uma “histeria processual”⁴⁵⁷. A nomenclatura pode parecer jocosa e caricatural, mas de certa forma retrata o perigo do etiquetamento do réu como um sujeito perigoso em associação criminosa a outros ainda mais perigosos e que, portanto, necessita de neutralização urgente.

O pânico processual se revela em grande medida na desproporção com que as opções são apresentadas: de um lado um evento catastrófico que dissemina o terror e coloca em cheque a capacidade do Estado de assegurar minimamente a segurança de seus cidadãos, pondo em cheque a própria existência do Estado de Direito; de outro lado, medidas restritivas da liberdade generalizadas e cada vez mais invasivas que são apresentadas como soluções inevitáveis nesse novo cenário apocalíptico. Essa oposição entre destruição do Estado de Direito e medidas restritivas de prevenção tem levado a aceitar como inevitáveis essas últimas, abrindo um perigoso espaço de expansão das exceções.

O lugar de realização da histeria processual é a ponderação de interesses na aplicação do princípio da proporcionalidade. Segundo esse princípio, sempre que dois princípios jusfundamentais estão em colisão é possível a restrição de um para a realização do outro se tal for adequado, necessário e proporcional, esse último requisito entendido como a concessão de um

⁴⁵⁷ Lopes Jr., 2004:25-35. Cohen, 2004, construiu a expressão *moral panic* para referir-se à intensidade de um sentimento expresso na população sobre um tema que aparentemente ameaça a ordem social, de sorte que as pessoas que criam tais medos são os *moral entrepreneurs* e os indivíduos objeto do medo se tornam *folk devils*. Segundo Canotilho, 2009:29: “o terrorismo lança também o terror no direito organizatório das Polícias Criminais”, inclinando-as ao combate preventivo da criminalidade.

peso maior a um princípio frente ao outro no caso concreto. Nessa toada, a segurança pública também é um princípio jusfundamental, que emana do dever de proteção que o Estado tem em relação aos seus cidadãos. O hiperdimensionamento dos riscos das ações terroristas, impulsionado pela generalizada eurística do medo e multiplicado pelos veículos de mídia e demais incertezas próprias das sociedades pós-industriais, pode ensejar uma perniciosa distorção na aplicação do princípio da proporcionalidade, pois se o risco é gigante, as medidas de prevenção a esse risco poderão ser (numa retórica distorcida) também gigantes. Em outras palavras, se é para prevenir um possível ataque terrorista (que nunca se sabe se vai mesmo ocorrer, quando e onde), passa-se cada vez mais a admitir medidas restritivas da liberdade de todos os cidadãos. E cada vez mais os âmbitos dessas restrições se alargam em nome da prevenção catástrofe iminente. O terrorismo (e também junto com ele o medo da criminalidade organizada) se transforma em um fantasma onipresente, que cria um clima de pânico potencial constante. Nesse estado de tensão constante para a prevenção do que não se sabe bem o que, todas as agências estatais são colocadas potencialmente na iminência de uma catástrofe e, como ninguém deseja ser o responsável pela omissão de cautela na prevenção do desastre, acaba-se por, na dúvida, admitir-se a restrição de direitos fundamentais para evitar-se o desastre infernal. Assim, terrorismo e crime organizado acabam se tornando palavras mágicas após as quais abrem-se como muito maior facilidade as portas das restrições a direitos fundamentais. Em síntese, quando o pânico do terrorismo adentra no processo penal, os magistrados tendem a serem mais complacentes com as restrições a direitos fundamentais⁴⁵⁸.

A análise dos indícios necessários à restrição do direito fundamental também são contaminados pelo pânico processual. Passa-se cada vez mais a relativizar os requisitos de verossimilhança de confirmação da hipótese acusatória necessários à restrição dos direitos fundamentais, de sorte que progressivamente não se exige mais uma probabilidade razoável, contenta-se com a mera possibilidade. Se for possível, e algum indício indicar para essa possibilidade, então se restringe o direito fundamental por precaução para evitar a ocorrência do

⁴⁵⁸ Destacando a tendência de que o Judiciário seja mais complacente com as exigências de *probable cause* em casos de terrorismo, nos EUA e Reino Unido, afirma Moeckli, 2008:196: “ainda que a lei permita a possibilidade de revisão judicial dos atos policiais, as cortes, como já apontado antes, tendem a ter uma postura de deferência em relação às decisões do executivo envolvendo preocupações de segurança nacional. Em consequência, desde que estejam em consideração operações antiterrorismo, os agentes de aplicação da lei raramente terão de justificar suas ações perante um órgão judicial”. Indicando os efeitos específicos do “medo do crime” na expansão dos poderes da Polícia, v. Kappeler *et al.*, 1998:258.

ilícito. Ainda que não se afirme categoricamente, inconscientemente assume-se um *in dubio pro societate* para legitimar progressivas restrições de direitos fundamentais quando se investigam crimes graves⁴⁵⁹.

1.7 Considerações finais

O presente capítulo procurou demonstrar que a atividade policial está constantemente exposta ao risco do desvio, que usualmente se manifesta na forma de violência, corrupção, fraudes e omissões. Essas práticas estão presentes em todos os países do mundo, mas são especialmente dramáticas no contexto latino-americano, especialmente no Brasil. Esses desvios não podem ser explicados na lógica meramente individual ou psicológica, pois há fatores organizacionais que explicam sua persistência após a redemocratização.

Esses fatores organizacionais estão ligados à subcultura policial, derivada do aprendizado fático dessa profissão e do conjunto de experiências partilhadas, que geram um *ethos* profissional que elogia a bravura, valoriza a manutenção da autoridade, reconhece a antecipação da violência ante o risco iminente como uma estratégia defensiva legítima, que cria uma cisão entre policiais e comunidade, especialmente em áreas socialmente degradadas. Essa cultura

⁴⁵⁹ Nesse sentido, é ilustrativa a Decisão no processo 2002.001.084808-6 contra Elias Maluco, do I Tribunal do Júri da Comarca da Capital (RJ), tomada pelo juiz Alexandre Abrahão Dias Teixeira, em 28 de agosto de 2002 (v. Lyra *et al.*, 2004:35), que permitiu a expedição de mandados de busca domiciliar genérico, para todas as casas verdes de uma determinada favela, com fundamento em denúncias anônimas; conferir: “Frise-se, por derradeiro, que a medida excepcional está calcada em diversas denúncias semelhantes (fls. 02/35 dos autos em apenso), provavelmente endereçadas por cidadãos humildes e honestos da comunidade local que, certamente indignados com os desmandos do Elias Maluco e sua gangue, bem como o triste envolvimento de parca parcela de policiais corruptos com estes elementos espúrios, busca o único meio de reagir à impunidade crescente neste país; ou seja, denunciar as escuras! Destarte, este grito de socorro e justiça promovido pelo povo deve ser atendido COM URGÊNCIA e RIGOR, não só pelos policiais honestos, mais também e, principalmente pelo Poder judiciário, que ciente e consciente das dificuldades investigatórias dos *incorruptíveis policiais* e da fragilidade dos cidadãos que se aventuram em “denunciar” o *lixo genético* que lhes amedronta, cala e mata, não pode simplesmente encastelar-se de forma alienada para discutir meras filigranas jurídicas. Em suma, é a hora do Judiciário expor sintonia e empenho na luta pela reestruturação social, demonstrando total sensibilidade pelos anseios sociais, o que se dará apenas e tão somente através de uma atuação eficaz, condigna e célere a por termo neste descalabro público” (grifo nosso). Nessa decisão, dois aspectos ressaltam: primeiro, a relativização das garantias é clara, admitindo-se buscas domiciliárias genéricas, virtualmente em todas as casas verdes de uma favela (e o verde aqui pode ter diversas tonalidades, desde o amarelo-limão até o azul-petróleo), com fundamento em meras denúncias anônimas; segundo, a dicotomia maniqueísta é clara: de um lado a “Polícia incorruptível” (logo a carioca...) ao lado da população amedrontada e do outro o bandido como “lixo genético” (portanto, despersonalizado, intrinsecamente mau, indigno de quaisquer preocupações humanistas). Não se discute que Elias Maluco era um grave perigo à ordem pública, mas se reconhece claramente uma absoluta flexibilização generalizada dos critérios de restrição de direitos fundamentais em nome da captura do inimigo do Estado.

normaliza os pequenos desvios, criando regras de apresentação formal do trabalho prático, e acabam abrindo as portas para a progressiva normalização de outros desvios mais graves.

Paralelamente, essa subcultura policial cria código de lealdades (código do silêncio), para a auto-proteção recíproca, que impõe que um policial não testemunhe contra seu colega ou eventualmente até pratique um falso testemunho, sob pena de ser hostilizado pelos pares. O desvio policial é especialmente fortalecido pela certeza de impunidade, decorrente da inerente dificuldade de se comprovar um desvio policial. Uma situação de omissão continuada de controles e pressões para a obtenção de resultados naturalmente induz os policiais a normalizarem os desvios no exercício de sua atividade.

Além dos fatores de risco inerentes ao exercício da atividade policial, há fatores exógenos que alimentam essa tendência arbitrária na atividade policial. A demanda securitária com flexibilização de seus meios de realização possui especial justificação no cenário da sociedade do risco, contando inclusive com teorizações justificadores como o direito penal do inimigo. Essas teorias induzem a uma policialização da investigação, ao vigilantismo e à flexibilização dos critérios de restrição de direitos fundamentais. Esse cenário de “guerra ao crime” acaba por induzir ainda mais violência policial, reforçando as tendências inerentes ao exercício da atividade policial.

Esse cenário indica que a atividade policial é uma área especialmente sensível à restrição de direitos fundamentais. Vejamos como o paradigma do Estado de Direito se posiciona face essa área tão delicado.

2 A ATIVIDADE POLICIAL E SEU CONTROLE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como visto no capítulo anterior, a ocorrência do desvio e a arbitrariedade policiais são fenômenos sociológicos não desprezíveis e que, portanto, merecem atenção especial do Direito. Mas, porque ter especial preocupação com o risco do desvio policial? Porque estabelecer limites estreitos à atividade policial quando seria mais fácil aceitar a possibilidade de desvio como um risco inevitável, inerente à exigência de segurança pública, eventualmente até benéfico?

Há razões de ordem político-filosófica relativas ao relacionamento entre o Estado e o cidadão no âmbito da atividade de promoção da segurança pública que recomendam a construção de limites estreitos para a atividade estatal. A construção desses limites está na gênese do que hoje denominamos Estado de Direito e são essenciais para a compreensão da legitimidade do próprio Estado.

O presente capítulo irá abordar a complexidade da interrelação entre liberdade e segurança no âmbito do Estado Democrático de Direito e seus reflexos para a atividade policial, desmembrando-se nos princípios estruturantes para a atividade policial: direitos fundamentais, legalidade e fiscalização. Os dois outros princípios estruturantes do Estado de Direito, de proteção jurídica contra abusos e responsabilização, serão aprofundados nos capítulos seguintes, na análise do instrumental para o exercício do controle externo da atividade policial.

Essa análise é essencial para situar o problema do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público como uma garantia constitucional para a maximização da liberdade com segurança no paradigma brasileiro, respondendo ao porquê da necessidade de haver controle, a pauta ideal a partir da qual se deve controlar, e o porquê de ser o Ministério Público a instituição controladora.

2.1 A Complexidade da tensão entre liberdade e segurança pública no paradigma do Estado Democrático de Direito: a necessidade política do controle externo da atividade policial

A arbitrariedade policial é um problema que coloca em cheque a própria legitimidade da função estatal de promoção da segurança pública. Portanto, estabelecer limites à função estatal de promoção da segurança pública e assegurar a adesão dessa atividade ao modelo legal de contenção de arbitrariedades não é apenas uma formalidade derivada de imposições legais, mas é uma exigência da legitimidade do próprio Estado.

O problema da atividade estatal em promover a segurança pública não pode ser destacada de uma análise da evolução da atividade estatal em promovê-la, passando por uma inicial expansão no Estado de Polícia absolutista (com especial expressão em Hobbes), passando por sua restrição pelo liberalismo e a atual tentativa de reorganização dessa atividade no âmbito do Estado Social de Direito. Essa análise impõe a consideração de que há um elevado interesse político em se conter o risco de possível desvio policial. Vejamos.

2.1.1 Algumas posições modernas sobre os limites do Estado em promover a segurança pública

2.1.1.1 Hobbes: a segurança em um Estado sem limites

Hobbes é um autor essencial para discutir a atividade estatal de promoção da segurança e seus limites, pois toda a preocupação da filosofia política hobbesiana era assegurar a segurança, mas em um estado absolutista, ou seja, sem limites¹.

Hobbes parte da construção de um estágio hipotético no qual não há Estado ou autoridade (estado natural) e que, portanto, geraria uma série de riscos à segurança das pessoas. Nesse estado de natureza todos os homens teriam um direito natural à auto-preservação e, como numa perspectiva extremada esse direito poderia significar um direito a todas as coisas que uma

¹ Suas obras de referência aqui são Hobbes, 2003 e 2006 (*Leviatã* e *Do cidadão*). Para comentários da teoria de Hobbes, ver Waldron, 2010:112-114; Tuck, 2003:32-45; Merêa, 1941:329-350; Habermas, 1997:122-125; D.F. Amaral, 1998. Apesar da afirmação corrente de que Hobbes teorizou um estado absolutista, segundo Habermas, 1997:123, “Hobbes [foi] o teorizador de um Estado constitucional burguês sem democracia, muito mais do que o apologeta do absolutismo desenfreado”, pois ainda reconhecia direitos aos cidadãos, ainda que concedidos por um Estado centralizado no soberano e que não consulta os cidadãos para formar sua vontade.

pessoa considerasse adequados para a conservação de sua segurança, o estado de natureza seria um estado potencial de guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*)². Nesse estado original, os homens são levados irresistivelmente a fazer o mal aos seus semelhantes ou preparar-se para fazê-lo assim que necessário: *homo homini lupus*³. Considerando a tendência natural do homem evitar a morte e a violência, a tendência natural do estado de natureza seria a formação da sociedade civil através de um pacto social, com a finalidade de colocar-se um soberano no poder para assegurar a segurança em relação aos outros cidadãos e segurança contra os ataques externos⁴. Por esse motivo as pessoas transferem ao Estado seu direito de autodefesa natural, para que o Estado possa agora proporcionar-lhes a segurança. E o poder soberano se justifica enquanto poder apto a manter a segurança, tanto que, em Hobbes, a concessão de uma liberdade que eventualmente venha tornar inviável a capacidade do Soberano de manter a segurança deve ser considerada como nula⁵. Aliás, a validade do poder soberano está ligada à capacidade de poder manter a proteção dos cidadãos: cessada a capacidade de poder proteger, os homens retomam seu direito natural de poderem se defender por força própria⁶. Portanto, segurança e obediência à autoridade estão em relação íntima na filosofia política de Hobbes.

² Ver Hobbes, 2003:113 (*Leviatã*, cap. 14): “enquanto perdurar este direito natural de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver”, o que leva-o a formular uma lei da natureza (*loc. cit.*): “que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e para a defesa de si mesmo, em resignar ao seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo”. A ideia de realização do pacto social original com a finalidade de promoção da proteção da violência de outros homens também esteve na base das construções jusnaturalistas de Grócio, que afirmava que “foi para manter esta tranquilidade que os homens entraram para a sociedade civil e que o fim desta é cada um gozar pacificamente aquilo que lhe pertence”, ainda que Grócio, assim como Hobbes, não tenha construído instrumentos eficientes de limitação do poder pelo direito. Ver Merêa, 1941:322.

³ O materialismo pessimista de Hobbes, fundado no egoísmo fundamental da natureza humana, pode ser explicado como um reflexo de suas experiências, tendo vivenciado um ambiente de guerra civil e de uma Europa dilacerada por ódios e violências. Ver Merêa, 1941:322.

⁴ Em Hobbes não há dois contratos, um para formar a sociedade civil e outro para eleger o governante; o contrato é único e já importa na transferência ao governante do poder de forma a vontade política em nome dos governados. Merêa, 1941:338.

⁵ “Se um monarca ou uma assembléia soberana conceder uma liberdade a todos ou a qualquer dos súditos, concessão essa que lhe faz perder a capacidade de prover à sua segurança, a concessão é nula, a não ser que diretamente renuncie, ou transfira a soberania para outrem [...] deve entender-se que a concessão teve origem na ignorância da incompatibilidade entre uma tal liberdade e o poder soberano”. Hobbes, 2003:188 (*Leviatã*, cap. 21).

⁶ “Entende-se que a obrigação dos súditos para com o soberano dura enquanto, e apenas enquanto, dura também o poder mediante o qual ele é capaz de os proteger. Porque o direito que por natureza os homens têm de se defenderem a si mesmos, quando ninguém mais os pode proteger, não pode ser abandonado através de pacto algum”. Hobbes, 2003:188-9 (*Leviatã*, cap. 21). No mesmo sentido, *ibidem*: 282 (cap. 29) e *ibidem*: 592 (Conclusão). Em verdade, a obra de Hobbes foi grandemente influenciado pela conjuntura de guerra civil na qual

Hobbes entendia que um homem pode considerar-se em um estado de segurança quando ele não vislumbra nenhuma violência contra si em relação à qual o agressor não possa ser detido pelo poder do soberano, em relação ao qual todos se submeteram; e sem tal segurança não há razão para um homem abrir mão de suas vantagens (o direito de autodefesa do estado natural) e tornar-se uma presa para os outros homens. O conceito de segurança em Hobbes é relativamente sintético: “Deve-se entender por segurança não a simples conservação da vida em qualquer condição, mas sim com condições e fins de felicidade”⁷.

Na visão de Hobbes, a atividade de investigação criminal (e a inteligência externa) tinha uma função central na própria justificação da existência do Estado: “É necessário portanto, a fim de que a cidade se defenda, que primeiro, existam alguns capazes de investigar e descobrir todos os desígnios e atos possíveis daqueles que lhe podem causar prejuízo, pois aqueles que os revelam aos ministros de estado são como os raios de sol para a alma humana”⁸.

Todavia, o poder do soberano em Hobbes era concebido como um poder absoluto e ilimitado, sem possibilidade de contestações. Apenas o governante pode ser juiz do que é conveniente para a defesa e a segurança do Estado. Por exemplo, Hobbes equipara os direitos de domínio despótico por instituição e por conquista, afirmando que tanto o cidadão que constitui um governo, quanto um povo que é conquistado na guerra, ambos possuem os mesmos níveis de deveres para com o soberano. E conclui: “trata-se aqui de um poder absoluto, resumido nas últimas palavras, vós sereis seus servos”⁹. O Soberano é a fonte do poder legislativo que não poderia ser questionado pelos súditos, um poder ilimitado e essencial para que não se retornasse ao estado de guerra do estado de natureza¹⁰. As leis do Soberano passam a ser a própria consciência pública, ele representa os supostos interesses de todos os integrantes do pacto

viu-se envolvido, de medo e desordem, que motivaram-no a justificar tamanha autoridade do estado em favor do propósito de segurança: D.F. Amaral, 1998:354.

⁷ Hobbes, 2006:106 (*Do cidadão*, cap. 13.4). Conferir outro trecho: “Estão todos os deveres do governante contidos em uma única sentença: a segurança do povo é a maior lei”. Hobbes, 2006:105 (*Do cidadão*, cap. 13.2).

⁸ Hobbes, 2006:107 (*Do cidadão*, cap. 13.7).

⁹ Hobbes, 2003:176 (*Leviatã*, cap. 20).

¹⁰ Conferir: “Isso quer dizer, claramente (embora alegoricamente) que os mandamentos daqueles que têm o direito de mandar não devem ser censurados nem discutidos pelos seus súditos. [...] E, embora seja possível imaginar muitas más consequências de um poder tão ilimitado, ainda assim as consequências da falta dele, isto é, a guerra perpétua de todos os homens com os seus semelhantes, são muito piores. [...] E quem procurar diminuir o poder soberano por considerá-lo demasiado grande, terá de submeter-se a um poder capaz de o limitar – quer dizer, a um poder ainda maior”. Hobbes, 2003:177-8 (*Leviatã*, cap. 20). Também: Merêa, 1941:341.

original de transição do estado de natureza para a sociedade civil¹¹. O aspecto despótico do Governo é coroado com a total desresponsabilização do Governante: “o soberano não está sujeito àquelas leis que ele próprio, ou melhor, que a república fez. [...] Este erro, porque coloca as leis acima do soberano, coloca também um juiz acima dele, com poder para castigá-lo, o que é fazer um novo soberano [...]”¹². Em síntese, o governante hobbesiano não se submete à lei (porque ele é a lei), que não pode ser contestado pelos súditos e, portanto, em tal Estado a ideia de controle de arbitrariedades não possui qualquer lógica¹³. A liberdade do indivíduo não possui qualquer forma de contraposição à vontade do soberano, pois esta é a justiça em si mesma¹⁴. Em síntese, em Hobbes a ordem é a justiça em si, o poder é o direito em si, a necessidade é um ideal em si¹⁵. E estabelecer qualquer espécie de limitação ou controle ao poder estatal significa fomentar a

¹¹ Ver Hobbes, 2003:274 (*Leviatã*, cap. 29)

¹² Hobbes, 2003:275 (*Leviatã*, cap. 29). A perspectiva de concentração de poderes de comando nas mãos do soberano é acentuada pela visão de Hobbes de que até o poder eclesiástico deveria estar nas mãos do soberano, que deveria também poder ditar a religião oficial e inclusive dar a correta interpretação da palavra de Deus. Ver Hobbes, 2003:459-460 (*Leviatã*, cap. 42): “Graças a essa consolidação do direito político e eclesiástico nos soberanos cristãos, fica evidente que eles têm sobre os seus súditos toda espécie de poder que pode ser conferido a um homem, para o governo das ações externas dos homens, tanto em política como em religião, e que podem fazer as leis que se lhes afigurarem melhores para o governo dos seus súditos, tanto na medida em que eles são a república como na medida em que eles são a Igreja, pois o Estado e a Igreja são os mesmos homens”. Ainda nesse sentido, ver Hobbes, 2006:141 (*Do cidadão*, cap. 17.28).

¹³ É verdade que existe quem vislumbre em Hobbes algum embrião democrático, como a perspectiva da assembleia do estado de natureza como uma eleição majoritária (Hobbes, 2003:148), a visão do soberano como um representante dos interesses dos cidadãos (“portador de pessoas” em Hobbes, 2003:147, e “representante” em *ibidem*: 159), ou ainda que o povo seria o portador original da soberania (Hobbes, 2003:167 e 2006:72). Todavia, o fato é que Hobbes reconhece que o soberano possui a obrigação de zelar pelos interesses dos súditos, mas não construiu quaisquer mecanismos concretos para controlar as eventuais (e por ele mesmo previstas) arbitrariedades que pudessem ser cometidas. Apenas previu que um governo negligente do príncipe teria como consequência a rebelião, e a da rebelião seria a carnificina (Hobbes, 2003:310). Ver comentários em Tuck, 2003.

¹⁴ Há quem reconheça em Hobbes algum esboço de limites ao poder, ao considerar que o Estado fora criado para os homens e não os homens para o Estado, que o fim do Estado era a promoção da felicidade do homem, permitindo aos súditos usufruir de uma “liberdade inofensiva [para] usufruir da riqueza adquirida por suas próprias diligências” (Hobbes, 2006:106, *Do cidadão*, 13.6). Ainda que a finalidade seja a *salus populi*, não há instrumentos de julgamento da justiça das decisões do governante. Defendendo que Hobbes (mas aqui o Hobbes do *De Cive*) não poderia ser caricaturado como um defensor de tiranias, ver Merêa, 1941:346. Todavia, o Hobbes do *Leviatã* é sem dúvidas um filósofo do absolutismo, e é essa exatamente sua grande contribuição: colocar em verdade nua (e impudica) a crueldade do absolutismo para permitir sua contraposição teórica.

¹⁵ Merêa, 1941:347. A teoria de Hobbes do Estado absolutista reflete um período de centralização do poder estatal na Europa e suas premissas foram, em parte, aproveitadas por outros filósofos do absolutismo moderno. Por exemplo, em Portugal, Pascoal José de Melo Freire (1738-1798) assim se manifestou: “o fim da sociedade é a segurança dos cidadãos; por isso, o Príncipe que detém o supremo poder (expressão pela qual endentemos o direito de dirigir a seu arbítrio as ações dos súditos), deve, na medida das suas forças, libertar a Nação dos inimigos internos e externo, e para este fim realizar todos os atos que repute necessários, sem que possa algum dia ser obrigado a prestar contas dos seus atos” (P.J.M. Freire, 1966:95; ainda que se reconheça que Pascoal de Melo Freire não era um hobbesiano puro, pois teve influências de Montesquieu e Beccaria).

própria destruição do Estado e permitir a regressão ao estado de natureza, portanto, contrariando sua lógica autoritária de supremacia da autoridade sobre a liberdade¹⁶.

Com efeito, o sistema penal, e portanto também a atuação policial, em um Estado absolutista (ou um Estado de Polícia autoritário) é sem dúvida a de permitir a máxima discricionariedade ao juiz (e, por via de consequência, aos seus instrumentos de atuação) para executarem a busca da verdade a qualquer preço. Se não há limites, então a promoção da segurança é o único vetor relevante e, portanto, o suspeito ou o investigado passam a ser objeto do processo e não propriamente sujeitos de direitos¹⁷.

As ideias de Hobbes são importantes para salientar a finalidade inicial do Estado: proporcionar segurança¹⁸. Uma atuação do Estado absolutamente ineficiente em proporcionar essa segurança contrariaria a própria lógica de criação inicial do Estado. Todavia, apesar de o Estado ser necessário para fomentar a segurança, ele não é uma garantia suficiente, pois é necessário estabelecer outros mecanismos de proteção contra o próprio Estado, sob o risco de o remédio se tornar pior que a doença.

2.1.1.2 Locke e Montequieu: a preocupação em estabelecer limites ao poder do Estado

Se o surgimento do Estado como provedor de segurança possui, num primeiro momento, um caráter libertador, o risco de abuso desse poder (e a história o comprovou inúmeras vezes) justificou o reconhecimento de determinados direitos como limites à ação do Estado e a criação instrumentos para contenção do poder, entre os quais a separação de poderes, que estão na base do constitucionalismo moderno.

Em verdade, a questão da existência de limites ao poder soberano fora agitada desde os primeiros jusnaturalistas. Suárez, por exemplo, entendia que, como a soberania residia

¹⁶ D.F. Amaral, 1998:404. Esse ainda é o grande “perigo latente” da teoria hobbesiana ainda hoje no século XXI, pois preconiza um estado autoritário com uma fundamentação original democrática, que se fundamenta basicamente na supremacia do valor da segurança sobre a liberdade. Uma teoria ainda muito atual e perigosa na contemporânea sociedade do risco, como veremos adiante.

¹⁷ Registre-se que mesmo Hobbes possui suas ambiguidades pois, apesar de construir um sistema de Estado autoritário, reservou pouquíssimos direitos pessoais que estariam excluídos da delegação inicial ao Estado quando da constituição da sociedade civil; além do já referido direito à sobrevivência e da impossibilidade de o Estado continuar a manter sua proteção, curiosamente Hobbes também ressalva o “direito” de um cidadão não ser obrigado a confessar um crime, salvo se receber a garantia de ter o perdão: Hobbes, 2003 (*Leviatã*, cap. 21).

¹⁸ Indicando que ainda hoje esse é uma finalidade essencial do Estado: Pérez Royo, 1998:334-336.

num primeiro momento no povo, que através do pacto a transmitia ao governante, seria inevitável que nesse pacto de transferência houvesse condições de restrição do poder como cláusulas exigidas pela justiça natural, ou seja, o governante recebia poderes para o bem da república, não para se tornar um tirano¹⁹. Também Dante Alighieri afirmava que “aquele que persegue o fim do direito, não o pode perseguir senão com o direito”, indicando a inadmissibilidade de justificações de violações de direitos em nome de necessidades superiores²⁰. Ainda que uma efetiva teorização de uma “cultura de garantias” se dê com o advento da era moderna e as teorias dos direitos e garantias fundamentais²¹, os primeiros embriões dessa ideia já estavam presentes nas obras de Locke e Montesquieu, que pela sua relevância passaremos a analisar brevemente.

Todavia, a construção da defesa da segurança em Locke difere fundamentalmente da de Hobbes pelo fato de Locke preocupar-se com a existência de arbitrariedades cometidas pelo próprio Estado e procurar construir mecanismos de proteção contra essas arbitrariedades. Com efeito, o problema da violência praticada pelo Estado já estava presente no pensamento de Locke, pois ele não diferenciava fundamentalmente as agressões de outras pessoas das agressões praticadas pelo Estado, reconduzindo-as a um mesmo nível de problemas de segurança²². Aliás, um problema mais complexo, pois, quando é o próprio Estado a praticar violência, como diz Locke, nada mais resta que não “o apelo ao céu”²³. Assim, a luta contra o despotismo absolutista teve uma posição central na filosofia política de Locke²⁴.

Em Locke, o estado de natureza é um estado em que não há regras e, portanto, cada homem é o juiz e executor de seu próprio direito; para evitar os inevitáveis conflitos que um sistema desse acarretaria (a ausência de imparcialidade de ser juiz em causa própria) os homens abrem mão de seu direito natural de fazer justiça para transferir essa responsabilidade ao Estado

¹⁹ Merêa, 1941:313. O corolário dessa doutrina era que, se o rei se tornava um tirano intolerável, o povo poderia depô-lo. Especificamente em Portugal, também Jerónimo Osório (1506-1580) defendia a submissão do Estado à legalidade: “de resto, de que servirá ameaçar os cidadãos com o rigor da lei, se ele próprio, com o seu mau exemplo, os induzir a desprezar o direito?” (Homem, 2006:55).

²⁰ Alighieri, 2003:44 (*De monarchia*, II.6). Ver comentários em Agamben, 2004:42.

²¹ Assim, Homem, 2006:107, apesar de já indicar alguns embriões de garantias processuais no antigo regime, como, por exemplo, o direito de recurso, ou mesmo o recurso obrigatório para penas irreparáveis, como a pena de morte

²² Afirma: “pois sempre que se use a violência e se cometa uma injúria, ainda que por mãos designadas para administrar a justiça, é ainda de violência e de injúria que se trata, por mais que sejam disfarçadas com nomes, pretextos ou formas legais”. Locke, 2006:245 (*Dois tratados...*, II, § 20).

²³ Locke, 2006:245 (*Dois tratados...*, II, § 20).

²⁴ As ideias de Locke tiveram como antecedentes próximos, na Inglaterra, as posições antiabsolutistas do juiz Coke. Ver Menaut, 2001:64.

e, portanto, de terem uma autoridade a quem recorrer em caso de conflito. A criação da autoridade é uma forma de autopreservação, de proteção da vida, liberdade e bens²⁵. Contudo, Locke argumenta que mesmo o poder do príncipe deve estar sujeito a mecanismos de controle, pois se o príncipe pode tudo decidir sem qualquer recurso de sua decisão, então num despotismo absolutista o homem possui menos direitos que no estado de natureza, pois já não lhe é negado o direito de opor-se ao príncipe que viola seus direitos. O príncipe despótico, em Locke, é alguém “corrompido pela lisonja e armado de poder”²⁶. Considerando que a finalidade de um governo perfeito é oferecer segurança à sociedade civil, esta não pode ser alcançada sem considerar também a proteção contra as eventuais arbitrariedades do monarca, de sorte que também o monarca deve estar subordinado à legalidade para justificar seu governo como direcionado à efetiva proteção dos súditos²⁷.

Locke conclui seu raciocínio sobre a necessidade de proteção contra o arbítrio estatal com sua célebre frase: “Seria pensar que os homens são tão tolos que tem o cuidado de evitar os danos que os texugos ou as raposas lhes podem fazer, mas não se importam, mais, confundem com segurança, o serem devorados pelos leões”²⁸. Interessante observar que, na comparação de Locke, a arbitrariedade do poder despótico (leões) é muito mais grave que a própria existência de crimes ou guerras (texugos ou raposas). Com essa digressão, Locke lança as sementes do Estado de Direito, ao defender que todos, inclusive o monarca, devem estar submetidos ao império da lei. Assim, a legitimidade da exigência de obediência dos súditos ao detentor do poder está vinculada à execução, por este, dos propósitos que justificaram a criação do governo, qual seja, a proteção da vida, integridade e bens dos súditos²⁹.

²⁵ Locke, 2006:315 (*Dois tratados...*, II, § 123).

²⁶ Locke, 2006:293 (*Dois tratados...*, II, § 91).

²⁷ “Como se quando os homens abandonaram o estado de natureza e ingressaram na sociedade tivessem concordado que todos eles, menos um [o rei], submeter-se-iam à restrição das leis, e que esse único homem reteria toda a liberdade do estado de natureza, acrescida de poder e tornada licenciosa pela impunidade”, Locke, 2006:294 (*Dois tratados...*, II, § 93). Ainda: “O poder legislativo é aquele que tem o direito de determinar como a força da comunidade política será empregue na preservação da comunidade e dos seus membros”, Locke, 2006:329 (*Dois tratados...*, II, § 143).

²⁸ Locke, 2006:294 (*Dois tratados de governo*, II, § 93).

²⁹ Comentando Locke, ver Morgado, 2006:69: “A relação que se estabelece entre a sociedade e o governo é reproduzida nos termos de uma tarefa que é confiada pela primeira ao último. [...] Se o governo não está à altura da tarefa que lhe é confiada pelo povo, ou se pura e simplesmente trai essa confiança, perde automaticamente o seu direito a reclamar a obediência dos súditos. Por sua vez, os súditos estão inexoravelmente vinculados a todas as decisões do governo civil enquanto este exercer o poder político de acordo com essa confiança”.

Como instrumento dessa contenção do poder, Locke propõe o primeiro embrião do que viria a ser conhecido como a teoria da separação dos poderes, todavia, com a primazia do Poder Legislativo para ser a fonte do Direito, pois, em Locke, o poder emana do povo, que o exerce por seus representantes eleitos, sendo portanto a lei uma representação do consenso da coletividade³⁰. Todavia, apesar da teorização inicial da ideia de separação de poderes em Locke, esse conceito de uma estruturação orgânica da limitação do poder estatal ficou celebrizada em Montesquieu.

A liberdade, em Montesquieu, está associada à proteção pela legalidade e à ideia de poder fazer o que se deve querer fazer: “Num Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”³¹. A liberdade em Montesquieu tem o sentido de liberdade normativa, de fazer o que a lei permite e não ser obrigado a não fazer o que a lei não proíbe³². Dentro da ideia de estruturação de limites ao poder, a ideia de legalidade é essencial, pois a certeza da lei é um fator de segurança aos cidadãos e a separação entre as funções de criar a lei e aplicá-la é um requisito da sua aplicação imparcial³³. Em Montesquieu, a legalidade representa uma garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, portanto um pré-requisito da liberdade.

E, na relação entre liberdade e autoridade, Montesquieu concluiu que é sempre necessária a criação de limites ao exercício do poder, pois mesmo quando o governante acredita estar fazendo determinadas coisas para o bem público, o exercício dessa virtude precisa ser

³⁰ Sobre o princípio da legalidade em Locke, ver Otero, 2003:55. Ainda assim, Locke admitia a “prerrogativa”, que consistiria na possibilidade de, em situações excepcionais, limitar-se parcialmente a legalidade para que o Estado possa atingir seus objetivos de alcançar o bem público, de forma que posteriormente o povo seria juiz do acerto das decisões do governante nessa situação excepcional. Morgado, 2006:77-78; ver Locke, *Dois tratados...*, II, §§ 158, 159, 160, 164 e 210, nas hipóteses em que defende a máxima *salus populi suprema lex est*. Obviamente, a “prerrogativa” era uma brecha de discricionariedades ao Poder Executivo que mais se assimilava ao paradigma do “absolutismo do bom rei”; ver Otero, 2003:59. De qualquer sorte, Locke condicionava o poder discricionário à *accountability* popular.

³¹ Montesquieu, 2005:166 (*O Espírito...*, cap. 11.III)

³² Sobre a relevância da contribuição de Montesquieu para a afirmação moderna do princípio da legalidade, ver Otero, 2003:47.

³³ “Quanto mais o governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa. [...] Nos Estados despóticos não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei”. Montesquieu, 2005:89 (*O Espírito...*, cap. 6.III). Daí porque poder-se se afirmar que o conceito moderno de legalidade nasce junto com as ideias liberais de limitação do poder, separação de poderes e soberania popular: ver Correia, 1987:20.

limitado para que não se transforme em arbitrariedade. Conferir o trecho clássico de Montesquieu³⁴:

Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.

Assim, Montesquieu conclui que é essencial que se divida o poder de fazer as leis, executar as leis e julgar os cidadãos, de forma que um poder controle e fiscalize o outro³⁵. Toda concentração de poderes e a ausência de controles tende à prática de arbitrariedades e toda potencialidade de realização de arbitrariedades já é um atentado à liberdade, pois retira a segurança da expectativa de não sofrer violações em seus direitos³⁶. Novamente, a ideia de segurança integral é atrelada à necessidade de estabelecer mecanismos de proteção contra o Estado.

Nesse sistema de freio e contrapesos arquitetado por Montesquieu, uma das obrigações fundamentais do Poder Executivo era o de subordinar-se a uma prestação de contas: ser fiscalizado quanto à sua correta execução das leis e ser responsabilizado pelos eventuais desvios³⁷. Essa função de fiscalizar o Executivo foi atribuída por Montesquieu ao Legislativo e a função de julgar foi atribuída ao Judiciário (em alguns casos ao julgamento político do

³⁴ Montesquieu, 2005:166-7 (*O Espírito...*, cap. 11.IV).

³⁵ Em verdade Montesquieu vislumbrava três poderes: o legislativo, o executivo em relação às relações internacionais, e o executivo em relação à aplicação das leis (dentro do qual incluía o poder de julgar).

³⁶ Conferir: “A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. [...] Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”. Montesquieu, 2005:168 (*O Espírito...*, cap. 11.VI). Interessante que, no Estado despótico de Hobbes, a divisão do poder significaria em verdade a sua dissolução, pois se destruiriam mutuamente: Hobbes, 2003:276 (*Leviatã*, cap. 29).

³⁷ Fiscalizar e responsabilizar o Poder Executivo são dois componentes básicos do Estado de Direito em Montesquieu. Conferir: “Mas, se num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas; e é esta a vantagem que possui este governo sobre os de Creta e da Lacedemônia, onde os cosmos e os éforos não prestavam contas de sua administração. [...] Mas como aquele que executa não pode executar mal sem ter maus conselheiros, que odeiam as leis enquanto ministros, ainda que elas os favoreçam enquanto homens, este podem ser procurados e punidos. Esta é a vantagem deste governo sobre o de Cnido, onde, como a lei não autorizava a levar a julgamento os ‘amimones’, mesmo após sua administração, o povo nunca podia cobrar as injustiças que lhe haviam feito”. Montesquieu, 2005:174 (*O Espírito...*, cap. 11.VI). Sobre a relevância dessa separação de poderes na imparcialidade do juiz penal num sistema acusatório, ver comentários de Gössel, 1996:614-616.

Legislativo), mas o fato é que previu-se a importância de um órgão oficial de fiscalização do Poder Executivo.

Além da liberdade contra as arbitrariedades praticadas pelo próprio Estado, Montesquieu vislumbrava a necessidade de assegurar a liberdade contra as agressões dos demais cidadãos, através de um sistema de proteção penal. Assim, via na promoção da segurança um fator inerente ao exercício da liberdade. Todavia, também salientava que as garantias processuais para proteger a possível inocência eram essenciais à concretização da liberdade³⁸.

Apesar de dedicar muitas laudas à importância da separação entre os poderes como causa de contenção da arbitrariedade, Montesquieu dedicou poucas páginas ao cuidado dos arbítrios eventualmente praticados no exercício da atividade policial. Para Montesquieu, a atividade punitiva não poderia ser confiada nas mãos da Polícia, tão somente do magistrado, e se houvesse alguma arbitrariedade praticada pela Polícia, como ela deveria estar sempre sob constante vigilância do magistrado, então a responsabilidade pelo abuso deveria ser imputada ao magistrado que a coordenada.

Montesquieu também apostava em um Estado de pouco intervenção, afirmando que, “um governo moderado pode, tanto quanto quiser, e sem perigo, soltar as rédeas. Mantém-se pelas leis e pela força”³⁹.

³⁸ Conferir: “A liberdade política consiste na segurança, ou pelo menos na opinião que se tem de sua segurança. Esta segurança nunca é mais atacada do que nas acusações públicas ou privadas. Assim, é da excelência das leis criminais que depende principalmente a liberdade do cidadão. [...] Quando a inocência dos cidadãos não está garantida, a liberdade também não o está. Os conhecimentos que foram adquiridos em alguns países e que serão adquiridos em outros sobre as regras mais seguras que se possam seguir nos julgamentos criminais interessam mais o gênero humano do que qualquer outra coisa que exista no mundo”. Montesquieu, 2005:198 (*O Espírito...*, cap. 12.II). Entre outras garantias penais, Montesquieu destacou o princípio da legalidade penal (com a necessidade de a lei ser o mais taxativa possível), da exterioridade da ação punível, da necessidade de ao menos duas testemunhas para a condenação, sinalizou sobre alguma possível finalidade ressocializadora na pena (ao menos para as infrações menos graves), defendeu a impossibilidade de imposição de penas aviltantes, a proscrição da tortura, a moderação na punição de crimes políticos, fez críticas à espionagem e exaltou a necessidade de se proteger o lar como asilo do cidadão, criticou as denúncias anônimas e fez um esboço (tímido) da necessidade de separar as atividades de acusar e julgar. Todavia, Montesquieu ainda não chegou a criticar outras práticas penais de sua época, como a lei de talião, os suplícios, as penas corporais e a criminalização de atos de magia (ainda que recomendando cautela nessa área), a falta de publicidade no processo. De forma geral, ver Montesquieu, 2005:197-220 (*O Espírito...*, cap. 12)

³⁹ Montesquieu, 2005:38 (*O Espírito...*, cap. 3.IX). Em Montesquieu, a aristocracia seria uma modalidade reduzida de democracia, portanto, também guiada por seus princípios (virtude e, nesse caso, moderação).

2.1.1.3 Beccaria: o iluminismo penal

A análise da obra de Beccaria é essencial para a transição das considerações teóricas sobre os limites da atividade do Estado em geral, para os limites específicos dessa atividade no âmbito criminal (e, para nosso interesse especial, na atividade policial). Ainda hoje suas lições são rememoradas e possuem atualidade frente os problemas do sistema penal de contemporâneo⁴⁰.

A “pequena grande obra” de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, foi escrita quando ele era ainda muito jovem, aos 26 anos, curiosamente sem muita experiência prática no sistema penal, foi publicada inicialmente sob o anonimato para evitar represálias, e logo recebeu grande repercussão, com uma tradução para o francês (feita pelo Ábade Morellet), a partir da qual rapidamente se espalhou pela Europa⁴¹. Sua exposição clara da necessidade de conter as arbitrariedades do sistema punitivo de sua época (muitas ainda tão atuais), alicerçando suas ideias num sistema penal justo e humanitário, inspirado nas ideias de liberdade e nos princípios iluministas na supremacia da razão, fundou as bases do Direito Penal moderno⁴². Como afirma Luisi: “A obra de Beccaria não é, portanto, a do jurista que trabalha com o direito positivo, anonimamente, mas a de quem se preocupa, olhando para o futuro, de traçar as grandes diretrizes de uma legislação penal, inspirada no respeito à liberdade”⁴³.

O tempo de Beccaria era mesmo uma era negra para o direito penal. Aplicavam-se penas aflitivas, tendo a tortura um papel central tanto sendo o método probatório preferido para a obtenção da confissão para subsidiar a condenação, como para a aplicação da sentença, no caso de suplícios. O processo era inquisitório, ou seja, secreto e sem direito a uma defesa efetiva. O encarceramento preventivo sem duração era a regra. Os crimes eram ainda marcados pela influência da Igreja Católica, confundindo-se crime e pecado. As condições das

⁴⁰ Marinucci, 2009:29, chama Beccaria “um nosso contemporâneo”, afirmando que as obras perenes, como essa, “vivem e vivificam em todas as épocas e em todos os lugares” (Marinucci, 2009:53). J.F. Costa, 1998:4, afirma ser necessário sempre ler e reler Beccaria. Sobre a atualidade do pensamento de Beccaria para o processo penal brasileiro, ver Choukr, 2009a. De forma geral sobre a relevância do pensamento de Beccaria, ver Busato, 2009; Calamandrei, 1958; Câmara, 2003; Ignacio Anitua, 2005:93-96; Taffarello, 2006.

⁴¹ Segundo Calamandrei, 1958:1, em 1807 já haviam 35 edições da obra de Beccaria em italiano.

⁴² As ideias de Beccaria tiveram especial influência dos escritos de Locke, Montesquieu, Voltaire, Helvétius, bem como dos debates feitos com Pietro Verri por ocasião da redação de sua obra, seja na casa dos irmãos Verri, seja no *Il Caffè* (ponto de encontro dos intelectuais da época em Milão). O próprio Piero Verri foi quem compilou as notas soltas escritas por Beccaria e organizou a publicação. Ver Calamandrei, 1958.

⁴³ Luisi, 1965:236.

prisões eram desumanas, em subterrâneos escuros. Havia desigualdade perante o castigo entre ricos e pobres, a pena de morte era disseminada e havia grande desproporção entre as penas e os castigos. Nesse cenário, a obra de Beccaria aparece como a síntese das aporias das páginas da história que deveriam ser passadas.

Especificamente de relevância para nosso estudo, há três aspectos do pensamento de Beccaria que merecem ser destacados: a legalidade das penas, a vedação de tortura e tratamentos degradantes, e a relevância das garantias processuais de controle das arbitrariedades.

Aplicação de penas mediante leis pré-estabelecidas traz a tona o princípio legalidade, visto neste brocardo: *Nullum crimen nulla poena sine lege*, no qual está marcadamente demonstrada no pensamento beccariano. Segundo Beccaria, as leis devem estar em consonância com o iluminismo jurídico amparados pela humanização das penas, conferindo-lhe este caráter peculiar, onde as leis devem ser poucas, escritas, claras, simples e dotadas de coeficiente de generalidade abstrata, portanto, acessíveis a todos os seus destinatários⁴⁴. Assim, ele criticava os comentadores legais de sua época, que usavam linguagem rebuscada e pouco inteligível⁴⁵.

Beccaria marcou a Escola Penal Clássica Italiana, defendendo que a fixação das penas deve ser limitada pela moldura da lei, tanto na anterioridade da lei como determinação das condutas consideradas como crime. Segundo Beccaria, a aplicação da pena deve ser amparada pela racionalidade e pela proporcionalidade, mediante uma decisão do magistrado amparada por lei e não eivada de sentimentalismo, religiosidade ou ainda de usurpações dos particulares⁴⁶. Nessa atividade, a lei deveria ser estrita, sem espaços para a discricionariedade interpretativa do “espírito da lei” para que essa brecha interpretativa não seja preenchida pela arbitrariedade subjetiva⁴⁷.

⁴⁴ Câmara, 2003:323.

⁴⁵ Taffarello, 2006:36.

⁴⁶ Conferir dois trechos de sua obra: “somente leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos; e este poder só ao legislador pode pertencer, ele que representa toda a sociedade unida por um contrato social” (Beccaria, 2009:66); “para qualquer delito deve o juiz construir um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a conclusão, a liberdade ou a pena” (*ibidem*: 68).

⁴⁷ Conferir Beccaria, 2009:69: “O espírito da lei seria pois o resultado da boa ou má lógica de um juiz, de uma fácil ou nociva digestão; dependeria da violência das suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações entre juiz e

Também criticou Beccaria a aplicação de penas cruéis e desumanas em nome de uma lei obscura, que geravam um estado contínuo de terror e medo coletivo na sociedade desde a antiguidade. As atrocidades que havia no processo penal criminal de sua época, como as confissões do delito adquiridas ordinariamente sob torturas, o Tribunal do Santo Ofício e as ordálias, aterrorizavam os pobres condenados a um fim irremediável e nefasto⁴⁸. A autonomia no poder decisório do homem estava limitada pelas amarras da religião e do regime absolutista da autoridade papal vigente, pois em nome de Deus o homem se reduzia a um objeto condicionado à mera vontade arbitrária do soberano. Ele defendia que a lei deveria ser guiada por critérios superiores de respeito à pessoa humana. Beccaria antecipou a ideia kantiana de dignidade da pessoa humana enquanto impossibilidade de coisificação do homem⁴⁹.

A condenação por Beccaria da tortura está centrada na impossibilidade de o investigador partir de conjecturas para aplicar sanções imediatas, ainda que revestidas do caráter de diligências de investigação (*quaestio*)⁵⁰. A explicitação do raciocínio do torturador expõe sua debilidade: “Tu és acusado de um delito, portanto é possível que o sejas de cem outros delitos; esta dúvida pesa-me, quero chegar à certeza com o meu critério de verdade; as leis torturam-te, porque és culpado, porque podes ser culpado, porque quero que sejas culpado”⁵¹.

No âmbito das garantias processuais penais, Beccaria também pregou uma clara separação das funções no processo penal, devendo-se separar as funções entre o legislador e o juiz (um elabora a lei e o outro apenas a aplica), bem como a separação de funções entre o juiz e o acusador, que deveria ser um agente público impessoal. Nesse sentido, afirma Beccaria: “O poder de interpretar as leis penais também não pode recair sobre os juízes criminais pela simples

o ofendido, e de todas aquelas forças mínimas que mudam a aparência de cada objeto no espírito flutuante do homem”.

⁴⁸ Ordálias do latim *ordalium*, que significa juízo ou julgamento. Desde a antiguidade essa prática era comum como forma de avaliação da culpa ou a inocência do acusado, onde o criminoso era submetido a algum tipo de prova corporal dolorosa e o resultado baseava-se na vontade divina (p.ex., prova de fogo- as mãos do acusado eram submetidas ao fogo, caso se curassem rapidamente era declarada a sua inocência, pois Deus protege e cura os inocentes). Ver Pedrosa, 2008:251.

⁴⁹ Conferir: “Não existe liberdade todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser *pessoa* e se torne *coisa*”. Beccaria, 2009:105.

⁵⁰ Como dizia Calamandrei, 1958:50, apesar de a tortura não ser propriamente uma pena, mas um incidente processual (*quaestio*), em termos práticos o homem que voltava para casa com os braços e pernas estrupados não podia consolar-se por não ter sofrido uma pena, apenas uma *quaestio*... E ao final, os mesmos instrumentos utilizados para perseguir a verdade sob tortura, eram utilizados para castigar o culpado, numa confusão prática entre meio e fim.

⁵¹ Beccaria, 2009:98.

razão de eles não são legisladores”⁵². Beccaria prescreveu a publicidade do processo, a presença de jurados, a vedação da denúncia anônima como garantias de segurança do cidadão contra as arbitrariedades e ainda a presunção de inocência, a ser superada apenas mediante mais de uma testemunha e ante um conjunto probatório racional⁵³. De forma especial, Beccaria pregou a necessidade de tratamento com igualdade tanto dos nobres quanto dos plebeus, não permitindo-se que os nobres tivessem privilégios no âmbito criminal⁵⁴.

Finalmente, Beccaria condenou a expansão irracional da atividade preventiva, argumentando que se fossem proibidas todas as ações que pudessem evoluir para a prática de um crime, “seria necessário privar o homem do uso dos seus sentidos”⁵⁵, concluindo que a efetiva prevenção se dá com leis claras, com a sua defesa direta e sem privilégios sociais.

Em síntese, o pensamento de Beccaria teve como preocupação central a limitação do arbítrio punitivo pelo governante, buscando um paradigma de sistema penal mais humano em sua realização prática. Sua obra influenciou decisivamente a legislação penal moderna, tendo reflexos tanto na Constituição francesa de 1793 (que previa em seu art. 15 o princípio da necessidade e proporcionalidade das penas) quanto no movimento iluminista de supressão da pena de morte e de modernização da legislação criminal⁵⁶.

2.1.1.4 Humboldt e Mill: limites estreitos em um estado liberal

A ideia de limites à atividade estatal não é linear. Alguns jusnaturalistas defenderam a ideia de desnecessidade de limites ao Estado, seja em relação ao rei (Hobbes, como visto) ou em relação à coletividade (Rousseau). Todavia, a maioria dos jusnaturalistas defendiam limites à atuação do Estado, ditados pela lei natural, e uma das maiores contribuições nessa linha foi a ideia de lei injusta. Nessa linha, Radbruch defendia que haveria um princípio natural de que, se o Estado deseja construir uma ordem fundada na segurança jurídica, seria essencial que o próprio Estado se sujeitasse às leis que editasse, pois caso o Estado descumprisse suas próprias

⁵² Beccaria, 2009:68.

⁵³ Beccaria, 2009:85-90.

⁵⁴ Ao contrário, defendia Beccaria, 2009:107: “o dano público é tanto maior, quanto mais favorecido é quem o faz”.

⁵⁵ Beccaria, 2009:154.

⁵⁶ Calamandrei, 1958:35; Taffarello, 2006:35.

leis estaria ele mesmo criando uma situação de insegurança jurídica no relacionamento dos cidadãos com o Estado e, portanto, ele mesmo desestabilizando a ordem jurídica⁵⁷.

No absolutismo, a expansão das áreas de intervenção estatal fomentou o desenvolvimento do conceito moderno de polícia como instrumento de gestão estatal das áreas sujeitas à sua intervenção⁵⁸. Enquanto na teoria do absolutismo monárquico o Estado reclamava responsabilidade para gerir várias áreas da vida civil (Estado de Polícia), o liberalismo procurou estabelecer limites mais estritos a essa intervenção estatal. Esses paradigmas liberais influenciam ainda hoje a discussão sobre os limites da atividade estatal, inclusive na seara criminal (e, especialmente, na atividade de prevenção criminal).

Nesse desenvolvimento não-linear, por exemplo, Rousseau e Kant, apesar de serem inegáveis ícones do pensamento liberal e iluminista, não proporcionaram teorias concretas de contenção da arbitrariedade estatal⁵⁹. Entre os ícones do liberalismo que desenvolveram a

⁵⁷ Caetano, 2006:294-5.

⁵⁸ Segundo Homem, 2006:70, há uma relação entre as funções que são admitidas para o Estado e suas instituições em concreto para concretizarem essas funções. A assunção da responsabilidade estatal de gerir diversas áreas da vida civil corresponde ao nascimento dos embriões das instituições modernas de polícia.

⁵⁹ Rousseau teve inegável influência no conceito moderno do princípio da legalidade, especialmente na construção das ideais de soberania popular, inalienabilidade e indivisibilidade da soberania, vontade geral, bem comum e supremacia do Poder Legislativo. Todavia, as ideias de Rousseau de vontade da maioria como critério de verdade absoluta desenvolveram-se sem preocupações de estabelecer limites à atividade legislativa e acabaram por conduzir a um Estado de Direito meramente formal, e, no extremo, a uma “ditadura da maioria” ou “democracia totalitária” (que em parte se concretizou com os jacobinos). Também Kant teve uma importância decisiva para a configuração do Estado de Direito liberal, especialmente com sua noção de dignidade da pessoa humana (homem como fim em si mesmo, que não possui valor de troca e não pode ser instrumentalizado), da necessidade de separação de poderes para se evitar o despotismo, de forma que o legislativo crie a premissa maior (lei), o executivo a premissa menor (caso concreto) e o judiciário extraia as conclusões (decisão). O problema também aqui é que Kant não transpôs plenamente sua teoria moral à teoria do direito, acabando por criar um sistema jurídico fechado que acabou por se tornar o embrião das modernas doutrinas do positivismo jurídico. Assim, ainda que Kant tenha enunciado a ideia de que o Direito deve condicionar a atividade de polícia e não o contrário, em termos práticos acabou por não criar mecanismos de permitir a oposição à tirania, pelo que não aceitava o direito de resistência à tirania e inclusive defendia que o Chefe do Governo não estaria sujeito à lei na mesma medida que os demais súditos, pois é o único que pode exercer a coação sem a ela estar sujeito. Ver Kant, 2004b:128 (*Metafísica...*, § 46). Portanto, Kant construiu um chefe de Governo sem mecanismos de controle, nesse ponto em semelhança à teoria de Hobbes. Isso para não falar das ideias de Kant na seara criminal (que erige a punição penal como um imperativo categórico, a ser guiado basicamente pela lei de talião, com a proporção o mais exata possível entre crime e castigo – o que o levou a justificar a pena de morte para o homicídio, a escravidão como pena para crimes patrimoniais, e até mesmo a castração para crimes sexuais). Sobre a teoria de Rousseau e Kant, ver Otero, 2003:59-74. Criticando especificamente a teoria penal de Kant, ver Schünemann, 2010a; e Merle, 2001.

ideia de estruturação da defesa da liberdade como fim do Estado, dois se destacam: Humboldt e Mill⁶⁰. Vejamos rapidamente.

A obra de Humboldt é dirigida a solucionar “o problema dos fins para os quais deve dirigir-se a instituição do Estado no seu conjunto e dos limites a fixas na sua ação”⁶¹.

Humboldt, apesar de partir da premissa quanto à necessidade de preservação máxima da liberdade pessoal, reconhece que restrições à liberdade são inevitáveis para a manutenção da vida em sociedade. Conclui que “a liberdade da vida privada aumenta exatamente na mesma medida em que diminui da liberdade da vida pública, enquanto que a segurança caminha sempre paralelamente a esta”⁶².

Humboldt diferencia os objetivos dos Estados antigos, que era a virtude, e dos Estados modernos, que é a felicidade. Nessa busca da virtude, os estados antigos procuravam controlar até mesmo os desígnios interiores do homem, tornando-se assim suas restrições à liberdade mais opressivas e perigosas⁶³.

Para Humboldt, o verdadeiro fim do homem é o maior desenvolvimento possível de suas potencialidades e, para tanto, a liberdade seria uma condição essencial⁶⁴. Assim, o Estado deve necessariamente realizar suas finalidades tendo como norte a necessidade de proteger no máximo possível a liberdade⁶⁵.

⁶⁰ Sobre a grande influência de Humboldt na perspectiva liberal do Estado de Direito, ver Canotilho, 2003:279. Outros autores poderiam ser citados. Por exemplo, Benjamin Constant teve uma especial importância na construção da ideia de que a soberania popular não seria ilimitada, mas encontraria limites na justiça e na proteção de direitos individuais (Otero, 2003:85). Todavia, a escolha de Humboldt e Mill se dá pelo especial desenvolvimento que deram ao conceito de liberdade como fator de limitação do Estado e por algumas importantes implicações dessas ideias no problema dos limites da atividade de prevenção criminal (questão central no problema da atuação policial).

⁶¹ Humboldt, 1990:11.

⁶² Humboldt, 1990:14.

⁶³ Humboldt, 1990:15.

⁶⁴ Humboldt, 1990:19.

⁶⁵ Conferir: “Pelo que disse, até agora, considero demonstrado que ‘a verdadeira razão não pode desejar para o homem nenhum outro estado senão aquele em que não somente cada indivíduo goze da mais completa liberdade para desenvolver-se por si mesmo e em sua própria individualidade, mas no que, além disso, a natureza física não receba da mão do homem mais forma que a que queira imprimir-lhe livre e voluntariamente cada indivíduo, na medida das suas necessidades e inclinações, restringida apenas pelos limites da sua força e do seu direito’. A razão não deve ceder deste princípio, na minha opinião, mais do que o necessário para a sua própria conservação. Este princípio, portanto, deverá servir de base para toda a política e especialmente para a solução do problema de que aqui se trata”. Humboldt, 1990:23.

Assim, em sua missão de promover o bem da nação, o Estado encontra um limite para interferir na esfera privada do cidadão: “é reprovável todo o esforço do Estado para se imiscuir nos assuntos privados dos cidadãos, sempre que estes não se refiram diretamente à lesão dos direitos de um pelo outro”⁶⁶. Também conclui que quanto menos interferência estatal na vida social melhor, para que se preserve a diversidade das manifestações humanas, a qual é essencial para formação plena das potencialidades humanas⁶⁷. Para Humboldt, o Estado é um meio e a realização das potencialidades dos indivíduos é a finalidade, de sorte que o Estado não pode servir-se do homem para seus propósitos, fazendo caso omissos dos fins individuais do mesmo⁶⁸.

Humboldt possui uma visão minimalista do Estado, criticando o excesso da burocracia estatal, e concluindo que o Estado deve abster-se de interferir no fomento do bem estar positivo dos cidadãos e limitar-se estritamente à velar pela sua segurança, frente aos concidadãos e aos inimigos externos (uma postura de extremo liberalismo que antecipou o *laissez faire*)⁶⁹. Em Humboldt o Estado é um mal necessário: necessário para que se possa assegurar a proteção da liberdade, mas mal porque sempre acarreta algum nível de restrição à liberdade⁷⁰.

Assim, Humboldt entende que a segurança é um pressuposto essencial para a fruição da liberdade e acaba por reconduzir toda a finalidade do Estado basicamente em assegurar a segurança, pois este seria o único bem que o indivíduo não poderia conseguir com suas próprias forças apenas. Conclui: “a garantia da segurança, tanto frente ao inimigo exterior, como frente às tensões interiores, deve constituir o fim do Estado e o objeto da sua atividade”⁷¹.

O conceito de segurança é essencial para o pensamento de Humboldt, pois para traçar os limites do Estado na promoção da segurança deve-se bem delimitar o que é a segurança. Para ele, “segurança é [...] a certeza da liberdade concedida pela lei”⁷². E conclui: “as verdadeiras transgressões do direito são as únicas que reclamam a intervenção dum poder diferente ao que

⁶⁶ Humboldt, 1990:25.

⁶⁷ “A variedade que se consegue pela associação de vários indivíduos é precisamente o bem supremo que confere a sociedade, e esta variedade perde-se indubitavelmente na medida em que o Estado se intromete”. Humboldt, 1990:27. Logo adiante, Humboldt insinua mesmo que a cessação de todos os possíveis conflitos significaria uma uniformização da sociedade, o que não seria benéfico ao desenvolvimento do potencial humano.

⁶⁸ Humboldt, 1990:78.

⁶⁹ Humboldt, 1990:42.

⁷⁰ Humboldt, 1990:152.

⁷¹ Humboldt, 1990:48.

⁷² Humboldt, 1990:97.

possui todo o indivíduo; só o que impeça estas transgressões beneficia realmente da verdadeira formação do homem, enquanto que qualquer outro esforço do Estado põe obstáculos no seu caminho. Só isto é derivado, em última instância, do princípio infalível da necessidade, já que tudo o demais baseia-se sem nenhuma firmeza numa utilidade calculada sobre probabilidades enganosas”⁷³. Com isso, Humboldt procura limitar a esfera de ação do Estado às situações em que for realmente essencial a intervenção para fazer cessar um crime (princípio infalível da necessidade) e não apenas em fomentar um possível incremento na segurança (probabilidades enganosas).

Assim, Humboldt contrapõe dois princípios possíveis para guiar a atividade estatal na promoção da segurança: a necessidade e a utilidade. A necessidade corresponde ao que é essencial se fazer para promover a segurança, enquanto a utilidade é aquilo que pode incrementar a probabilidade de sucesso de uma medida. Afirma: “o útil, como sua gradação é infinita, exige sempre novas e novas medidas; pelo contrário, a limitação ao exigido pela necessidade, ao deixar uma margem maior à própria força, diminui inclusivamente a necessidade desta”⁷⁴. Assim, em sua busca de limitar as ingerências do Estado na liberdade, Humboldt conclui que apenas o princípio da necessidade pode guiar a atividade de promoção da segurança, ou seja, apenas se admite as medidas restritivas que sejam essenciais (não meramente convenientes) à promoção da segurança⁷⁵. Todavia, nem sempre o limite exato entre o necessário e o meramente útil estão claras, de sorte que tal solução sempre demandaria uma atividade interpretativa à luz do princípio da necessidade⁷⁶. Essa discussão de Humboldt sobre os limites da atividade estatal de promoção de prevenção criminal ainda é tão atual como nunca.

Humboldt reconhece que os destinatários da atividade de segurança são “por um lado, todos os cidadãos, em absoluta igualdade; por outro lado, o próprio Estado”⁷⁷. E conclui que, na atividade de promover a sua própria segurança, o Estado não pode restringir os atos do cidadão que não lesem nenhum direito verdadeiro, ainda quando este se subtraia da ação do

⁷³ Humboldt, 1990:97.

⁷⁴ Humboldt, 1990:163.

⁷⁵ A própria justificativa da intervenção do Estado na promoção da segurança é guiada pelo princípio da necessidade: “a teoria só lhe permite [ao Estado] velar pela segurança porque a consecução deste fim escapa às possibilidades do homem individual, quer dizer, porque só aí é necessária a sua atenção”. Humboldt, 1990:162.

⁷⁶ “É certo que em situações complicadas é mais difícil, inclusive, compreender o que é necessário, mas a compreensão do princípio que aqui se mantém simplifica as situações e faz com que a compreensão do necessário resulte sempre mais fácil”. Humboldt, 1990:163.

Estado. E conclui que, em sua atividade de promover a segurança do próprio Estado, o Estado não pode acabar por eliminar a liberdade dos cidadãos, e com isso também eliminar a própria finalidade da segurança⁷⁸. No exercício de sua atividade, o Estado deve proibir e esforçar-se por impedir a prática de atos que violem direitos ou que dirijam-se à possível violação de direitos e, quando já praticados, procurar compensar juridicamente os danos e punir para evitar sua reiteração⁷⁹.

Humboldt admite a possibilidade de proibição de atos perigosos, tendentes à concretização de um ato de lesão a direitos. A legitimidade dessa proibição deve estar associada à probabilidade concreta da situação perigosa desencadear o dano, a dimensão do dano possível e a importância da limitação da liberdade pela lei proibitiva⁸⁰.

No âmbito penal, Humboldt defendeu que a pena deveria ter uma finalidade de prevenção geral negativa (intimidação geral para evitar a reiteração da conduta no futuro) e seu estabelecimento deveria ser limitado pela proporcionalidade de retribuição do mal praticado. Defendeu a máxima suavização possível das penas⁸¹, a abolição das penas infames, das penas perpétuas, da tortura, da limitação da estigmatização decorrente da condenação criminal, e da proporcionalidade entre a pena e a gravidade concreta do delito. No plano processual, defendeu a necessidade de se alcançar a verdade com respeito às limitações legais (um embrião da vedação de provas ilícitas), a defesa da presunção de inocência, do respeito aos direitos humanos do condenado, da impossibilidade de manter-se condenações que se comprovaram falsas, da publicidade e eticidade do procedimento penal.

⁷⁷ Humboldt, 1990:97.

⁷⁸ Humboldt, 1990:98.

⁷⁹ Conferir: “A segurança vê-se perturbada por aqueles atos que, como tais, lesam os direitos alheios ou aqueles de cujas consequências se pode temer este resultado. O Estado deve, contudo, proibir e esforçar-se por impedir ambas as classes destes atos [...]. Quando se tenham produzido, terá que esforçar-se em compensar juridicamente os danos causados por eles, na medida que seja possível e terá que procurar, mediante o castigo, que sejam menos frequentes no futuro. Deste objetivo surgem as leis de polícia, as leis civis e as leis penais, para usar as expressões usuais”. Humboldt, 1990:98.

⁸⁰ Conferir: “com vistas a garantir a segurança dos cidadãos, o Estado deve proibir ou restringir todas aquelas ações que se refiram de maneira imediata só a quem as realiza das quais resulte uma lesão dos direitos dos outros, isto é, que diminuam a sua liberdade ou a sua propriedade sem o seu consentimento ou de encontro a ele, ou em virtude das quais haja probabilidade de vir a temê-lo: probabilidade na qual haverá que tomar em consideração a dimensão do dano que se quer causar e a importância da limitação da liberdade produzida por uma lei proibitiva. Qualquer restrição da liberdade privada que vá mais além ou que se imponha por outros motivos diferentes sai dos limites da ação do Estado”. Humboldt, 1990:104.

Humboldt também se preocupa em discutir quais seriam os limites do Estado no exercício de sua atividade de prevenção da prática de crimes. Ele conclui que o Estado não deveria imiscuir-se na subjetividade dos indivíduos para procurar incentivar inclinações que possam favorecer a prática de crimes ou fortalecer seu juízo moral, bem como não deve proibir a realização de condutas em que si mesmas são lícitas, pelo mero risco de que possam favorecer inclinações para a prática de crimes⁸². Humboldt considera que, se é preocupação central proteger a liberdade individual, então a ingerência do Estado na restrição da liberdade deve ser limitada a fazer cessar uma conduta concreta que já tenha se iniciado dirigida à prática de um delito, e não na influência subjetiva dos valores dos indivíduos. Uma instituição de controle social que visasse o convencimento da conformação às leis seria uma nova forma de dominação do Estado e, por mais que se regulamentasse a forma de realizar investigações para o controle social, isso configuraria uma intromissão indevida da vida privada e um local de práticas abusivas⁸³.

Para Humboldt, é necessário dar espaço à liberdade, ainda que isso represente dar espaço para eventuais violações à lei, que serão coibidas pela respectiva pena. Em sua visão, a pena é o preço que se paga pela liberdade de violar da lei, e o risco de sofrer um delito é o preço que se paga manter a própria liberdade contra restrições indevidas do Estado. E conclui que no exercício de sua atividade de persecução penal, “o Estado não deve procurar nunca atuar através

⁸¹ Conferir: “o grau de perfeição duma sanção – sempre que a sua eficácia se mantenha, naturalmente, idêntica – aumenta em proporção ao seu grau de indulgência. [...] a pena mais elevada há de ser sempre a mais suave possível em cada circunstância concreta”. Humboldt, 1990:124-5.

⁸² Essa posição de Humboldt é coerente com sua defesa de um Estado mínimo, sem intervenções na área social. Humboldt entendia que o Estado não deveria interferir na formação cívica dos cidadãos mediante o fornecimento de uma educação pública e conclui que “para manter a segurança necessária num Estado não é necessária a reforma dos costumes” (Humboldt, 1990:62). Também Mill, apesar de reconhecer um dever do Estado de exigir uma escolaridade mínima, entendia que não deveria ser obrigação principal do Estado fornecer diretamente essa educação, sob pena de se criar um “despotismo do espírito”. Mill, 2010:175 *et seq.*

⁸³ Conferir: “Mas com isso [a criação de uma agência estatal para controlar a conduta dos cidadãos, visando reduzir a prática de crimes] se introduz uma nova forma de dominação, que é quase mais sufocante que qualquer das já conhecidas, dando lugar à curiosidade indiscreta, à intolerância, e, inclusive, à hipocrisia e à simulação. Que ninguém me recrimine por haver descrito aqui apenas abusos; os abusos vão aqui inseparavelmente unidos à situação em si mesma; mas além disso, atrevo-me a afirmar que, inclusive, se as leis forem as melhores e as mais humanas, se não autorizarem aos vigilantes mais que realizar investigações por vias absolutamente legais e a dar conselhos e admoestações sem o mínimo assomo de coação e se forem cumpridas à risca, nem por isso deixaria esta instituição de ser inútil e nociva ao mesmo tempo. O cidadão há de ter a possibilidade de atuar sem receios e à vontade, desde que não ultrapasse a lei. Todos devem poder afirmar o seguinte, frente a quem quer que seja e, inclusive, frente ao que um terceiro possa julgar sobre esse poder: por muito que me aproxime do perigo de violar a lei, não sucumbirei a ele. Se se fere esta liberdade, lesa-se o seu direito e prejudica-se a formação das suas capacidades, o desenvolvimento da sua individualidade, pois as formas de que são susceptíveis a moralidade e a legalidade são infinitamente diferentes e variadas”. Humboldt, 1990:133.

do medo, que não aproveita senão para manter a ignorância dos cidadãos a respeito dos seus direitos ou para fazer que desconfiem de que ele os respeita”⁸⁴.

Em síntese, a preocupação de Humboldt é que, na atividade de persecução penal, o Estado deve respeitar os direitos dos cidadãos e mesmo dos “delinquentes”, pois tais direitos seriam um limite necessário à atividade de um Estado que se preocupa em manter a liberdade⁸⁵.

Além de Humboldt, também Stuart Mill foi um dos grandes ícones do liberalismo. Uma das preocupações centrais da obra de Stuart Mill foi estabelecer os limites de até onde o Estado pode ir para promover a realização dos interesses coletivos. A posição de Mill é clara: apenas pode ser objeto de sanção estatal as condutas que ofendam os interesses ou direitos de outras pessoas, as lesões a interesses próprios ou a mera correção moral do indivíduo estão fora dos limites do Estado. Conferir: “sempre que há um dano claro ou um risco claro de dano, quer para um indivíduo quer para o público, o caso é retirado do campo da liberdade e colocado no da moralidade ou da lei”⁸⁶. Assim, os atos moralmente reprováveis, como a bebedeira, o vício, a preguiça, os excessos, a falta de higiene pessoal, desde que não lesem concretamente interesses de terceiros, estão fora do Direito e uma tentativa de controle de tais condutas seria ilegítima⁸⁷.

Stuart Mill também preocupou-se com os limites da ação estatal na atividade de prevenção de crimes, como uma área sensível à restrição indevida da liberdade, concluindo, na

⁸⁴ Humboldt, 1990:138.

⁸⁵ Ver a síntese do próprio Humboldt, 1990:139: “Na investigação de delitos já cometidos, o Estado pode servir-se de meios adequados a tal fim; mas não pode servir-se de nenhum meio que suponha tratar como delinquente um cidadão simplesmente suspeito ou que fira os direitos do homem e do cidadão – que o Estado deve respeitar, mesmo tratando-se dum delinquente – nem de nenhum processo que o torne culpado de cometer uma ação imoral. O Estado não pode permitir-se tomar outras iniciativas próprias para prevenir delitos não cometidos, a não ser as que sirvam para impedir a sua perpetração imediata. Todos as demais caem fora dos limites da sua competência, tanto se contrariam as causas que induzem à delinquência, como se pretendem impedir ações de por si inócuas, mas que podem conduzir facilmente ao delito”.

⁸⁶ Mill, 2010:143. Mais adiante, Mill enuncia os dois princípios básicos de sua teoria: “o indivíduo não é responsável perante a sociedade pelas suas ações caso estas não digam respeito aos interesses de qualquer outro indivíduo senão ele mesmo [...] e] o indivíduo é responsável pelas ações que são prejudiciais para os interesses dos outros, e pode ser sujeito tanto a punições sociais como legais, se a sociedade for da opinião de que uma ou outra são necessárias para a sua proteção”. Mill, 2010:159-160.

⁸⁷ Conferir: “e não é difícil mostrar, através de vários exemplos, que uma das propensões humanas mais universais é a de alargar os limites daquilo a que se pode chamar polícia moral até abusar da mais incontestavelmente legítima liberdade do indivíduo”. Mill, 2010:147.

mesma linha de Humboldt, que apenas as condutas de lesões concretas ou imediatamente tendentes a uma lesão poderiam justificar a intervenção estatal⁸⁸.

O controle dos arbítrios pelo exercício do poder também foram objeto de reflexão por Mill. No caso das situações de sujeição de poder dentro da própria sociedade civil (especificamente relações paternas e conjugais), afirmou Mill que “o Estado, embora respeite a liberdade de cada um, especialmente no que diz respeito a cada um, está obrigado a manter um controle vigilante sobre o exercício de qualquer poder que permita que uma pessoa tenha poder sobre outras”⁸⁹. Especificamente sobre a fiscalização da eficiência da burocracia do Estado, Mill também propugnava a necessidade de submetê-la “às críticas vigilantes de pessoas igualmente competentes que não pertençam ao órgão”⁹⁰. Assim, conclui que os funcionários que eventualmente atuarem em desacordo com os limites legais devem ser responsabilizados, seja por um tribunal, seja pelo eleitorado⁹¹. Preocupações ainda atuais quando considerada a necessidade de controle da atividade policial.

De forma geral, o liberalismo (aqui indicado com expoentes em Humboldt e Mill) possuía uma visão restritiva da admissibilidade da atividade de prevenção estatal, pois imaginava que a vida social era regida por forças naturais de tal sorte que, se não fossem impedidas, naturalmente resultariam em justiça e prosperidade. Pode-se dizer que o estado liberal era um estado anti-prevenção, que se concentrava na repressão de condutas já consumadas ou na detenção de condutas na iminência de consumir-se⁹².

⁸⁸ Conferir: “O direito inerente à sociedade de evitar crimes contra si própria através de precauções anteriores sugere limitações óbvias à máxima de que não se pode interferir concretamente na má conduta que só ao próprio diz respeito só por precaução ou punição”. Mill, 2010:164.

⁸⁹ Mill, 2010:174.

⁹⁰ Mill, 2010:185-6.

⁹¹ Mill discute a questão da responsabilização de funcionários ao comentar os limites da fiscalização do poder central sobre os governos locais: “deviam [os funcionários do governo local] ser responsáveis perante a lei pela violação de regras, e as próprias regras deviam ser estabelecidas pela legislatura; a autoridade administrativa central apenas supervisionaria a sua execução, e, caso não fossem adequadamente postas em prática, apelação, de acordo com a natureza do caso, ou ao tribunal, para que este fizesse cumprir a lei, ou ao eleitorado, para que se livrasse dos funcionários que não as tivessem executado de acordo com o seu espírito”. Mill, 2010:187-8.

⁹² Sobre o estado liberal como um estado anti-prevenção, ver Grimm, 1989:15.

2.1.2 O Estado de Direito como auto-limitação institucional do poder

Liberdade e autoridade são dois termos que estão sempre intrincados na filosofia política. Enquanto a liberdade é o poder de imposição de respeito da conduta própria, a autoridade é exatamente o oposto, ou seja, o poder de impor as normas a que a conduta de outro deverá obedecer⁹³. Assim, a delimitação do espaço de liberdade e do espaço reservado à regulação estatal (e, portanto, à sua autoridade) é um ponto nodal da filosofia política.

A elevação do bem geral como um fim absoluto do Estado, sem quaisquer limites, acaba por resvalar na teoria do Estado de Polícia, que considera justificado todos os ataques à vida jurídica individual sempre que tal for necessário ao bem coletivo, e que acabou por inspirar todos os absolutismos (monárquicos e mesmo democráticos)⁹⁴. Essa concepção de bem comum está afetada pelas subjetividades dos que detém o poder e carece, portanto, de uma limitação interna⁹⁵.

A construção da ideia liberal dos fins do Estado, ligados às atividades tipicamente solidárias da existência social do homem (conservar, ordenar e ajudar), desenvolve-se paralelamente à ideia de proteção da individualidade como um dos fins do próprio Estado e, portanto, como seu limite⁹⁶.

O desenvolvimento do Estado de Direito passou por vários níveis. Seu antecedente político moderno mais remoto foi a Magna Carta, que já previa em seu art. 39 um embrião da garantia do devido processo legal como parâmetro de limitação do poder do monarca às regras legais⁹⁷. Posteriormente, a limitação dos poderes estatais foi reforçada pelo *Bill of Rights* inglês de 1689, ainda que construído sem ambições universalistas, apenas como um

⁹³ Caetano, 2006:280.

⁹⁴ Utilizando a expressão “Estado de Polícia” para referir-se a essa perspectiva de Estado que não conhece limites, ver Canotilho, 2003:92; Novais, 2006b:36. Essa expressão cunhou-se no século XVIII, com uma carga pejorativa, para referir-se ao Estado no antigo regime, que era um estado que policiava todas as áreas da vida civil, mas com um processo de administração exercido à margem da lei, apenas regido por postulados genéricos de bem comum e segurança pública: ver Correia, 1994:3.

⁹⁵ Jellinek, 1954:181.

⁹⁶ Ligando a ideia das primeiras organizações estatais à ideia de solidariedade, e esta por sua vez à ideia de individualidade, ver Jellinek, 1954:189.

⁹⁷ Conferir: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e *de harmonia com a lei do país*”. Citação em Canotilho, 2003:492.

contrato entre o monarca e o povo inglês estabelecendo direitos e deveres recíprocos⁹⁸. Seu grande impulso prático ocorreu com as primeiras constituições rígidas no século XVIII, que foram inspiradas em ideias de cunho relativamente genérico e abstrato de direitos inatos ao homem que deveriam ser respeitados pelo Estado. Nesse sentido, a Declaração de Independência dos EUA de 1776⁹⁹ e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão, na França, em 1789 e as dez primeiras emendas à Constituição Estadunidense de 1791¹⁰⁰.

De forma especial, a referida declaração francesa dos direitos do homem foi redigida de forma a consagrar direitos universais, que seria da titularidade não apenas dos franceses mas de quaisquer “povos livres”. Essa declaração reconhecia que o objetivo do governo é o de assegurar o gozo dos direitos naturais e estes seriam a igualdade, liberdade, segurança e a propriedade (art. 1º e 2º). Previa o princípio da legalidade como expressão da vontade geral e limitada ao justo e útil à sociedade (art. 4º)¹⁰¹ e, especificamente quanto à restrição da liberdade em matéria penal, submetia do poder punitivo à prévia exigência de lei (art. 9º e 14). De forma especial, os artigos 11, 12 e 31 referiam-se à contenção da arbitrariedade estatal e estabeleciam o seguinte:

Art. 11. Todo ato exercido contra um homem fora dos casos e sem as formas que a lei determina é arbitrário e tirânico; aquele contra o qual quiserem executá-lo pela violência tem o direito de repelir pela força.

Art. 12. Aqueles que o solicitarem, expedirem, assinarem, executarem ou fizerem executar atos arbitrários são culpados e devem ser castigados.

⁹⁸ Segundo Otero, 2003:45, estava aqui o primeiro embrião moderno do princípio da legalidade.

⁹⁹ Afirmava: “Consideramos que essas verdades são autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, e que foram dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais estão a vida, liberdade e a busca de sua felicidade. E, para assegurar esses direitos, os Governos são instituídos entre os homens, derivando seu legítimo poder do consentimento dos governados”. Tradução nossa. Disponível em: <<http://www.law.indiana.edu/uslawdocs/declaration.html>>. Acesso em 1 mar. 2011. Interessante observar que um dos fundamentos da indignação que fundamentou a declaração da independência foi o fato de os soldados britânicos praticarem arbitrariedades (como homicídios) contra os moradores das colônias e não serem propriamente punidos por tais fatos.

¹⁰⁰ Que estabeleciam, em linhas gerais (de relevante para este estudo): liberdade de religião, expressão, imprensa, reunião e petição (Emenda n. 1), a proteção contra buscas e apreensões domiciliárias desarrazoadas (Emenda n. 4), a proibição de ser obrigado a testemunhar contra si mesmo e a limitação do devido processo legal para restrição de direitos (Emenda n. 5), bem como a proibição de fianças excessivas, e de punições cruéis e não-usuais (Emenda n. 8).

¹⁰¹ “A lei é a expressão livre e solene da vontade geral; ela é a mesma para todos, quer proteja, quer castigue; ela só pode ordenar o que é justo e útil à sociedade; ela só pode proibir o que lhe é prejudicial”.

Art. 31. Os crimes dos mandatários do Povo e de seus agentes não podem nunca deixar de ser castigados; ninguém tem o direito de pretender ser mais inviolável que os outros cidadãos.

O Estado de Direito foi inicialmente fruto do liberalismo político, que via a necessidade de construir freios à atividade do próprio Estado. Esse modelo, contudo, estava jungido à perspectiva de um Estado de não ingerência. Todavia, a equação volta a se complicar quando se reintroduz ao Estado de Direito uma exigência crescente de intervenção social e econômica, em especial, quando se cria uma expectativa crescente de o estado ser o provedor da segurança pública, não atuando apenas de forma reativa, como proposto por Humboldt, mas cada vez mais de forma preventiva e proativa.

No processo de transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito, houve mesmo quem defendesse que a soberania do estado não poderia estar subordinada a qualquer limitação e, portanto, subordinar o Estado ao Direito seria uma hipérbole, pois o Direito não poderia limitar o poder já que todo direito seria fruto de um poder¹⁰².

Para Kelsen, a questão da limitação do poder do Estado era uma questão mal colocada, pois Kelsen identificava Direito e Estado como uma mesma coisa, de sorte que o Estado seria apenas a personificação da própria ordem jurídica, a serviço dos fins metajurídicos que a política determinar em certo lugar e momento histórico. Assim, defendia Kelsen que “uma teoria científica do Estado não se encontra em posição de estabelecer um limite natural à competência do Estado em relação aos seus sujeitos; nada na natureza do Estado ou dos indivíduos impede a ordem jurídica nacional de regulamentar qualquer matéria em qualquer campo da vida social ou de restringir em qualquer grau a liberdade do indivíduo”¹⁰³. Assim, o Estado e o Direito, em Kelsen, são meros meios neutros de realização dos valores da política, quaisquer que estes sejam. O Direito não se subordinaria a uma crítica moral ou filosófica, apenas à política, que guia a formação do Direito. O Direito é mera técnica em Kelsen¹⁰⁴. Essa foi uma proposta de um Estado Liberal de Legalidade, em que o Estado se realiza mediante o Direito, que é reduzido à lei, mas não há qualquer limite material ao conteúdo concreto da lei, e da exigência inerente à ideia de Direito de proteção a uma esfera incompressível da personalidade¹⁰⁵.

¹⁰² Analisando (e refutando) a evolução dessas teorias sobre a não subordinação do Estado ao Direito, v. Hauriou, 1929:99-103; Caetano, 2006:283.

¹⁰³ Kelsen, 2005:347.

¹⁰⁴ Caetano, 2006:284-5.

¹⁰⁵ Correia, 1987:194-5; Novais, 2006b:115-121.

Também houve quem defendesse que seria desnecessária qualquer limitação do poder pelo Direito. Entre seus principais defensores está Hegel. Hegel opõe o mundo da necessidade ao mundo da liberdade; o primeiro corresponderia ao estado de necessidade, que apenas seria superado com a razão. Todavia, a razão não é obtida de forma isolada, mas em coletivo; assim surge o Estado como suporte do Direito e, portanto, da “razão objetiva”. Assim, como a liberdade é o domínio da razão sobre a natureza e esta se obtém mediante o Estado e o Direito, assim estes são a própria liberdade. A liberdade é o querer obedecer às leis e o indivíduo adquire sua objetividade, verdade e moralidade apenas dentro do Estado. A teoria de Hegel, em última análise, acaba por neutralizar a individualidade e fundir o indivíduo no próprio Estado, não criando limites ao Estado na medida em que o pressupõe como “o racional em si e por si”¹⁰⁶. Em Hegel é o indivíduo quem gravita em torno do Estado, o Estado é quase um “deus” para os indivíduos e, portanto, não há construção de quaisquer mecanismos de controle de arbitrariedades pelo Estado¹⁰⁷. Esta teoria acaba por permitir que florescessem Estado Totalitários, que tendem a diluir o indivíduo no Estado e a não admitir limites à atuação do Estado, já que ele é idealizado como essencialmente benéfico.

No âmbito do positivismo jurídico, uma das maiores contribuições à limitação do poder estatal foi dada por Jellinek. Ele construiu a teoria da autolimitação do poder político, segundo a qual o Estado se obriga a se limitar mediante determinadas leis que ele mesmo elabora. Essa autolimitação seria guiada por três princípios fundamentais: (1) necessidade de confiança social; (2) eficácia jurídica da declaração unilateral de vontade; e (3) caráter jurídico do poder político¹⁰⁸. Pela primeira, o Estado precisaria se limitar para motivar a que as pessoas tenham “confiança social” no seu relacionamento com o Estado, ou seja, podem ter a segurança de que o Estado cumprirá o Direito que está em vigor. Tais obrigações nasceriam de uma declaração unilateral de vontade do próprio Estado e se justificam no fato de o poder político necessitar instaurar uma *ordem* jurídica, o que pressupõe a confiança.

¹⁰⁶ Hegel, 1997:217 (*Princípios da filosofia do Direito*, § 258).

¹⁰⁷ Apesar de defender a divisão de poderes, em legislativo, executivo e o príncipe, Hegel acaba por concluir que no príncipe está a síntese de todos os poderes, que se manifestaria no “arbítrio do monarca”, acabando por transformar a legitimidade democrática do legislativo em uma ficção. Hegel, 1997:244-252 (*Princípios da filosofia do Direito*, §§ 273-275). Sobre a visão de Hegel, ver Otero, 2003:78-84.

¹⁰⁸ Caetano, 2006:300-1.

Na conclusão de Caetano, se não se pretende diluir o indivíduo no Estado, é inevitável concluir que são necessários limites à atuação do Estado, de forma não apenas a respeitar a segurança jurídica que o Estado deve fomentar aos cidadãos no seu relacionamento consigo, mas também a preservar uma esfera de desenvolvimento da individualidade e de outras sociedades primárias (como a família), limitando-se a ação do Estado às suas funções específicas¹⁰⁹. O Estado racional é necessariamente um Estado que se limita para respeitar a autodeterminação das pessoas. E a proteção dos indivíduos contra os eventuais arbtrios do Estado se dá através do Direito, especialmente através dos direitos fundamentais.

Na atualidade, a maioria das Constituições estabelecem limites ao direito e aos poderes do Estado e trabalham com o conceito de Estado de Direito, *Rule of Law*, *État Legal* ou *Rechtsstaat*¹¹⁰. Ainda que tais conceitos tenham origens distintas, aproximam-se atualmente em sua carga axiológica. Esse conceito foi num primeiro momento uma incorporação da concepção jusnaturalista de delimitação de uma esfera de direitos do cidadão contra a intervenção do Estado, grandemente marcada pela influência liberal, tanto que foi cunhado inicialmente como *Estado Liberal de Direito*¹¹¹. O conceito de Estado de Direito utilizado na tradição jurídica da Europa Continental deriva em grande medida do constitucionalismo alemão e começou a ser utilizada em meados do século XIX¹¹².

¹⁰⁹ Afirma Caetano, 2006:302: “Assente que o Poder político é a instituição específica da sociedade política e que esta é uma das formas, apenas, que a vida social é susceptível de revestir; assente também que o Poder político é um dos instrumentos da definição do Direito, mas não o único, pelo que nem todo o Direito positivo é declarado e imposto por essa via, mantendo-se sempre o Poder distinto do Direito na medida em que serve de seu suporte como autoridade e o realiza como aparelho de coação; não será difícil concluir que é logicamente necessário admitir a limitação do Poder e que essa limitação deve ser jurídica”. Todavia, o professor lusitano conclui que a fundamento dessa limitação do poder estaria no Direito Natural, em um princípio racional que estabeleceria que, se o Estado deseja criar uma ordem jurídica fundada na confiança social, deve ele também respeitar as regras que editar, sob pena de ele mesmo criar mais insegurança social, bem como deveria o Estado respeitar ou limites inerentes aos objetivos de sua criação (*ibidem*: 305-6).

¹¹⁰ Sobre o tema, ver Canotilho, 2003:93-97. Ainda que os conceitos referidos não sejam exatamente coincidentes, em muito se assemelham na essência: um estado de vedação de arbitrariedades. Sobre as distinções, ver Menaut, 2001; Novais, 2006b:45-58. Nessa linha, a CRP/1976 se reconhece como um Estado de Direito democrático (art. 2º), no qual o Estado está submetido à Constituição e à legalidade democrática (art. 3.1), bem como a Soberania mitigada pelos tratados internacionais regularmente ratificados (art. 8º). Em sentido semelhante, a CRFB/1988 reconhece-se como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), que se pauta pela legalidade (art. 37, *caput*) e reconhece a necessidade de criar mecanismos de reclamações contra os eventuais abusos de poder (art. 5º, XXXIV, “a”).

¹¹¹ Correia, 1987:190; Novais, 2006b:59.

¹¹² Considera-se que a obra de Mohl, 1834 (A ciência policial alemã de acordo com o princípio do Estado de Direito), foi a pioneira a utilizar a expressão *Rechtsstaat*. A expressão teve desenvolvimento na literatura alemã e acabou consolidando-se como a ideia de um conjunto de auto-limitações de um Estado. Todavia, apenas foi

Uma das principais dimensões do constitucionalismo moderno reside exatamente em, através da constitucionalização dos direitos e liberdades, que passam a ser qualificados de *fundamentais*, subtrair do soberano (rei ou Estado) a possibilidade de dispor livremente dos cidadãos. O constitucionalismo representa, nessa linha, a forma de institucionalização da limitação ao poder estatal, incorporando elementos de justificação externa (ou política) à própria justificação interna do sistema jurídico (a legalidade constitucional)¹¹³ e condicionando a validade das leis infraconstitucionais aos postulados de justiça constitucional.

É nessa linha que se fala em Estado de Direito. Nesse, a liberdade do cidadão apenas pode ser legitimamente restringida através da lei, ou seja, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹¹⁴. Significa que os cidadãos não estão sujeitos aos caprichos de um governante, mas que estão subordinados ao “Império da Lei”, e esta deve ser necessariamente genérica e impessoal, de sorte que a restrição à liberdade não ocorre por mero discricionariedade de uma autoridade, mas pelo fato de a pessoa se encontrar nas circunstâncias abstratamente previstas na lei. Assim, o Estado de Direito não é um Estado onipotente, mas é um estado com limites preestabelecidos e destinados a proteger a liberdade dos cidadãos. É um Estado que se conforma com a necessidade de reservar uma esfera de individualidade intangível, ou ao menos apenas tangível em situações muito excepcionais em que seja necessário promover outros valores de dignidade idêntica ou superior. E para assegurar que o Estado de Direito respeite esses limites que ele a si mesmo impõe, o Estado passa a construir uma série de mecanismos concretos para a contenção do eventual abuso de poder, de forma a tornar efetiva a possibilidade de fruição da liberdade¹¹⁵.

A expressão Estado de Direito também está tradicionalmente ligada à ideia de respeito à legalidade¹¹⁶, significando que os objetivos do Estado são obtidos através da legalidade

incorporada em um texto constitucional com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 (art. 28), a partir da qual se serviu de modelo às demais constituições europeias da segunda metade do século XX (e, a partir da influência da Constituição Portuguesa, também à Constituição Brasileira de 1988). Sobre o tema ver Péres Royo, 1998:188-197; Menaut, 2001.

¹¹³ Destacando a relação entre legitimidade política (externa) e legitimidade jurídica (interna) no âmbito da evolução do Estado de Direito: Ferrajoli, 2002:285.

¹¹⁴ Enunciado do art. 5º, II, da CRFB/1988.

¹¹⁵ Caetano, 2006:310, enumera alguns mecanismos históricos utilizados para limitar o poder do Estado: constituições rígidas, declarações de Direitos, separação de poderes, direito de resistência, pluralismo corporativo e a democracia. São obviamente mecanismos genéricos, sem prejuízo de outros mecanismos mais concretos para cada uma das facetas do exercício do poder estatal.

¹¹⁶ Waldron, 2010:320.

e não dando uma volta à legalidade ou desconsiderando-a. Como formas de se obter a submissão ao Estado de Direito, a discricionariedade dos agentes do Estado deve ser limitada e a imposição de punições às pessoas deve estar guiada pelo devido processo legal. Essa limitação do Estado está presente na tradição constitucional brasileira desde a Constituição do Império, de 1824, a qual previa em seu art. 102, § 15, que compete ao Executivo “prover a tudo que for concernente à segurança interna e externa do Estado, na forma da Constituição”, ou seja, limitava a atividade estatal de segurança pública aos limites constitucionais¹¹⁷.

Assim, consolidou-se o Estado de Direito com uma dupla concepção: formal e material. Na perspectiva meramente formal, Estado de Direito seria todo Estado que realiza suas finalidades através de meios (processos) jurídicos. Todavia, esse conceito, apesar de importante, é claramente insuficiente, pois até mesmo o Estado nazista foi, nessa perspectiva, um Estado que se estruturou por normas legais. Portanto, a perspectiva moderna amplia a visão para exigir uma perspectiva material de Estado de Direito, na qual o poder político é mero instrumento de realização e garantia dos direitos da pessoa humana, esta sim a verdadeira fonte de toda a ordem jurídica. Nessa linha, a liberdade dos indivíduos é a regra e a sua limitação estaria cingida ao indispensável para permitir a convivência em sociedade¹¹⁸. Em sua perspectiva material, o Estado de Direito seria um Estado de justiça¹¹⁹.

Portanto, o Estado de Direito é uma modalidade de Estado que aceita de antemão a existência de limites materiais que o transcendem e estrutura-se de forma tal que haja garantias concretas de divisão e contenção do poder contra arbitrariedades. Não basta enunciar os direitos dos cidadãos, é necessário criar um quadro institucional de desenvolvimento da proteção a esses direitos¹²⁰. Portanto, o Estado de Direito também abrange o conjunto de garantias necessárias à efetiva fruição dos direitos fundamentais¹²¹.

¹¹⁷ B.F.H. Souza, 1872:96.

¹¹⁸ Consta do preâmbulo da declaração dos direitos do homem e do cidadão, da ONU, de 1948, que é “essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão”.

¹¹⁹ Wolff *et al.*, 2006:433.

¹²⁰ Miranda, 2008:216.

¹²¹ Há quem reconheça que a expressão “Estado social e democrático de Direito” seria pleonástica, já que um Estado que não se organize em função de critérios de efetiva justiça não deveria receber a qualificação de Estado e, portanto, esse conceito de Estado exigiria uma estruturação através do Direito, um direito necessariamente democrático e comprometido com a promoção do bem estar geral (Benda, 2001:491). Todavia, também não se pode desconsiderar que historicamente efetivamente existiram outras formas de Estado que não respeitaram tais

O Estado de Direito é um conceito que foi decantado pela experiência ocidental até chegar à sua formulação atual, mas trata-se de uma expressão vazia se não for concretizada por outros princípios constitucionais¹²². As implicações do Estado de Direito para as ingerências do Estado na esfera individual podem ser indicadas na forma de cinco princípios essenciais¹²³:

(a) Legitimidade pelo respeito aos direitos fundamentais da pessoa: a essência do Estado de Direito é que o Estado reconhece limites materiais que o transcendem, e estão ancorados na dignidade da pessoa humana. O Estado de Direito é um estado com limites, que

valores e nem por isso deixaram de ser um Estado (injusto, mas Estado). A expressão reflete, portanto, a decantação histórica de valores desejáveis para um Estado justo.

¹²² Correia, 1987:34.

¹²³ Indicando aspectos semelhantes sobre o Estado de Direito, ver Caetano, 2006:321-2. Miranda, 2008:218, indica os seguintes elementos do Estado de Direito em sua versão moderna: publicidade das leis, sujeição dos governantes às leis, imparcialidade dos tribunais, salvaguarda dos casos julgados, e especialmente a proteção de direitos individuais e a separação de poderes; e em sua versão contemporânea (após as grandes guerras) haveria um “estado de direitos fundamentais e orientado para a justiça, em que avultam o princípio da constitucionalidade e a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade dos atos do poder, a consideração dos direitos fundamentais nos termos da Constituição e não nos termos da lei, o caráter restritivo das restrições a direitos fundamentais, os princípios da tutela da confiança, da proporcionalidade e da tutela jurisdicional efetiva, a reserva (absoluta) de jurisdição dos tribunais, a obrigatoriedade de execução das sentenças dos tribunais administrativos, a responsabilidade civil do Estado por danos causados pelos seus órgãos e agentes”; Miranda, 2008:219. Já Canotilho, 2003:255, aponta os seguintes princípios: supremacia da Constituição, divisão dos poderes, legalidade da administração, independência dos tribunais e vinculação do juiz à lei, garantia da proteção jurídica e da via judiciária. Novais, 2006b, indica: direitos fundamentais (e sua tutela jurisdicional), divisão de poderes e o princípio da legalidade, acentuando ainda que, com o advento do Estado Social, se introduziram novos elementos, como o reforço às regras da democracia política como novo instrumento de controle e a valorização da justiça constitucional. Benda, 2001:488, indica as seguintes: legalidade, divisão de poderes, independência dos juízes, plena tutela judicial e expectativa de indenização pelas intervenções no patrimônio privado. Homem, 2006:55, indica as seguintes características: existência de leis fundamentais, autonomia de instituições judiciais, vinculação do rei à palavra com responsabilidade patrimonial do erário régio, vedação de arbítrio (exigência de justa causa). Pérez Royo, 1998:192, identifica três fases evolutivas do conceito de Estado de Direito: 1) estabelecer limites ao Estado, 2) criar mecanismos eficientes de fazer valer o direito do cidadão contra o Estado, 3) assegurar a legitimação democrática do poder estatal. Assim, após a primeira guerra mundial, o conceito de Estado de Direito vai confundir-se com o de Estado de Direito democrático, pois apenas seria possível um verdadeiro Estado de Direito dentro da democracia. Relacionando proteção aos direitos fundamentais e democracia, ver especialmente Miranda, 2008:228. Nessa linha, Habermas, 1997(v. 1):212, identifica os seguintes princípios do Estado de Direito: soberania popular (enquanto expressão do poder comunicativo dos cidadãos); ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; legalidade da administração e controle judicial e parlamentar da administração; e separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder. J.A. Silva, 2002:122, discorrendo especificamente sobre o sistema brasileiro, indica os seguintes princípios: constitucionalidade, princípio democrático (art. 1º), sistema de direitos fundamentais (títulos II, VII e VIII), princípio da justiça social (art. 170, *caput*, e art. 193), igualdade (art. 5º, *caput* e I), divisão de poderes (art. 2º) e independência do juiz (art. 95), legalidade (art. 5º, II) e segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII). Procuramos recolher no texto as características mais marcantes e que teriam maior proximidade com o tema de nosso estudo: o controle da atividade policial. Como lembra Benda, 2001:489, a ideia de Estado de Direito é um fruto do liberalismo burguês que, apesar de proporcionar importantes garantias contra o arbítrio estatal, não oferece todas as respostas a todos os problemas.

respeita a liberdade da pessoa. A partir desse reconhecimento é que se estrutura todo um arcabouço de garantias de proteção.

(b) Legalidade: As restrições à liberdade devem estar respaldadas por lei e a atividade do Governo de executar as leis está limitada pela legalidade, de sorte que não é lícito ao executor criar novas modalidades de restrição da liberdade ao seu arbítrio. Também deve haver um procedimento legal de proteção dos direitos fundamentais expostos à restrição pelo Estado. A limitação da atividade estatal pela lei se dá com a finalidade de resguardar esferas de proteção da liberdade individual contra a ingerência estatal¹²⁴;

(c) Separação de poderes para assegurar fiscalização recíproca: A execução das leis deve estar constantemente sujeita ao controle e à fiscalização, seja a fiscalização política do Legislativo, seja a fiscalização jurisdicional do Poder Judiciário, seja a fiscalização de outros órgãos de controle dentro do próprio Poder Executivo, seja, ainda, por outros órgãos constitucionais autônomos (como o Ministério Público ou o Tribunal de Contas) ou mesmo pela sociedade civil;

(d) Proteção Jurídica: a abertura de canais de reclamações contra os eventuais desvios de poder, de forma a assegurar que o cidadão tenha acesso aos instrumentos de fazer respeitar sua liberdade contra intervenções indevidas. De forma especial, o Poder Judiciário é chamado a fazer valer os direitos dos indivíduos contra a arbitrariedade estatal, seja evitando-a, seja reparando-a;

(e) Responsabilização: tanto o Estado quanto os agentes estatais que se excederem devem ser responsabilizados, como forma de dissuasão da repetição dos atos ilegais e de realização da justiça¹²⁵.

Todos esses princípios constitucionais estabelecem limites à atuação do Estado e refletem, em última análise, que a estruturação do Estado é feita para a concretização de um

¹²⁴ Obviamente, a legalidade do Estado de Direito está subordinada à racionalidade da lei (vedação de leis irracionais e arbitrárias) e, portanto, não se retira a possibilidade de controle de constitucionalidade sobre a adequação da lei aos padrões constitucionais, especialmente nas leis restritivas de direitos fundamentais, a obediência ao princípio da proporcionalidade. Sobre o tema, ver adiante comentários sobre o princípio da proporcionalidade, item 2.2.2.5.

¹²⁵ Sobre a responsabilização do Estado como elemento integrante do conceito de Estado de Direito, ver Canotilho, 2003:278.

objetivo muito maior, que radica na promoção da dignidade da pessoa humana, como base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito¹²⁶. É inegável que a CRFB/1988 albergou a ideia do Estado de Direito e as perspectivas acima indicadas¹²⁷. De forma especial, a instituição do próprio Ministério Público, como instituição destinada à “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CRFB/1988, art. 127, *caput*), ou seja, de atuar como um grande *ombudsman* da sociedade, apresenta-se como uma garantia da correta fiscalização das atividades do Governo, especialmente o respeito aos direitos fundamentais¹²⁸.

A ideia liberal de Estado de Direito foi desenvolvida centrada na preocupação com a limitação do poder para conter arbitrariedades e, assim, promover a liberdade. Esse enfoque apenas em conter restrições indevidas se tornou mais complexo com o advento do Estado Social.

¹²⁶ Canotilho, 2003:248.

¹²⁷ Ver por todos J.A. Silva, 2002:112-122. Já no *caput* do art. 1º, enuncia que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Para além dessa declaração, a Constituição Brasileira elenca um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, especialmente garantias de proteção à vida (art. 5º, *caput*), vedação de tortura e tratamentos desumanos ou degradantes (art. 5º, III) e de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), privacidade (art. 5º, X) e inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI), inviolabilidade epistolar e de comunicações telefônicas (art. 5º, XII), a liberdade de locomoção e a respectiva garantia do habeas corpus (art. 5º, XV e LXVIII), o respeito pela integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), presunção de inocência (art. 5º, LVII), restrições à identificação criminal (art. 5º, LVIII), publicidade (art. 5º, LX), limitação à possibilidade de prisão ao flagrante delito ou mediante ordem judicial (art. 5º, LXI), garantia de comunicação da prisão ao juiz e à família do preso (art. 5º, LXII), direito ao silêncio e à assistência de advogado (art. 5º, LXIII), direito à identificação dos responsáveis pela prisão e pelo interrogatório (art. 5º, LXIV), a excepcionalidade da prisão (inadmissível quando couber fiança ou por dívidas civis –art. 5º, LXVI e LXVII), responsabilidade civil do Estado por seus erros (art. 5º, LXXV), a eficácia imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), o regime especial de sua restrição generalizada em estado de defesa ou de sítio (art. 136 a 139). A submissão do Estado à legalidade está prevista na garantia genérica de exigência de lei para restrições de direitos (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, CRFB /1988, art. 5º, II), do devido processo legal para a restrição de direitos (art. 5º, LIV), no princípio da legalidade da Administração Pública (art. 37, *caput*) e, acima de tudo, à previsão da supremacia da Constituição, com o respectivo controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (art. 97 e 102). Além desse rol de direitos fundamentais, também se reconhece a estrutura do Estado de Direito na separação dos três poderes (art. 2º), a repartição de competências nos diversos níveis federativos (art. 18), o sistema bicameral de exercício do Poder Legislativo (art. 44), a distribuição de competências entre diversos órgãos estatais tendo em vista não apenas o exercício de suas funções, mas também a fiscalização recíproca (art. 48 a 52, 58, 84, 87, 89, 91). Quanto ao acesso à proteção judicial, o controle judicial das ameaças de lesão a direitos está previsto no art. 5º, XXXV, seguido da obrigação de o juiz relaxar imediatamente a prisão ilegal (art. 5º, LXV), e a previsão de ações mandamentais para impugnar os atos abusivos (art. 5º, LXVIII a LXXII) e a ação popular (art. 5º, LXXIII). Para assegurar a efetividade desses direitos, há a garantia de assistência jurídica gratuita (art. 5º, LXXIV) e todo o conjunto de garantias de independência da magistratura (art. 95 e 96).

¹²⁸ Aprofundaremos a relevância do Ministério Público para o conceito de Estado democrático de Direito no Brasil adiante, na subseção 2.4.2.

2.1.3 O Estado Social e o direito fundamental à segurança pública

Como é sabido, o paradigma liberal de Estado não concretizou todas as promessas. A ausência de ingerência estatal realmente fomentou o florescimento da prosperidade, mas ela não veio acompanhada da respectiva justiça social, pois o ideal liberal de justiça nas relações pressupunha igualdade de poderes para discutir suas condições e, em sua ausência, a liberdade de negociação se transformava em opressão segundo a lei do mais forte, de sorte que o Estado, limitado à proteção de perigos, acabava se tornando um garante dessa opressão privada¹²⁹. Após a construção do ideal liberal, seguiu-se no século XX uma grande expansão da atividade estatal na área social, de programação de vários seguimentos da vida social e econômica, com fim na construção da justiça social.

O Estado liberal, centrado exclusivamente na promoção da segurança, poderia ser qualificado como ainda um Estado repressivo (pois dissociado da área social e incumbido apenas de atividades punitivas). É verdade que a promoção da segurança pública sempre esteve presente no paradigma do Estado liberal. O direito à segurança já estava enunciado em dois dos principais diplomas precursores do constitucionalismo moderno, a Declaração de Virgínia (1776), art. 3º, na Declaração dos Direitos do Homem (1779), art. 12, e na Constituição Francesa de 1793, art. 8º¹³⁰.

Esta perspectiva altera-se com a inclusão do paradigma social em oposição ao liberal, para alterar o paradigma para um Estado com o poder-dever de conformar a ordem social e, portanto, ser um provedor de serviços sociais¹³¹. A mutação do Estado de mero “guarda-noturno” em suprema entidade fornecedora de bens e serviços públicos criou novas tensões dialéticas na concretização do direito à segurança pública. Enquanto no paradigma liberal o Estado apenas evita agressões de terceiros (e de si mesmo), no Estado social, além de evitar tais agressões, o Estado passa a ter uma responsabilidade acentuada em fornecer condições efetivas de fruição dos direitos, ou seja, trata-se de um Estado comprometido com a promoção do bem estar da sociedade, especialmente com os setores mais desfavorecidos, mas ainda sem resvalar no risco absolutista de promover o bem público sem quaisquer limites. Nessa perspectiva, um Estado

¹²⁹ Grimm, 1989:17.

¹³⁰ Santin, 2004:77. Para outras referências do uso do direito à segurança nas primeiras Constituições liberais, v. A.F. Sousa, 2009:32.

¹³¹ Correia, 1987:90.

democrático deve ser necessariamente social (prover as necessidades de todos), mas ainda um Estado de Direito (respeitando a autonomia privada do indivíduo como reduto mínimo da existência pessoal)¹³². A perspectiva do Estado Social acentua a responsabilidade do Estado como “produtor de sociabilidade”¹³³, removendo os obstáculos à efetiva fruição da liberdade e da igualdade. Essa perspectiva está expressa no art. 3º da CRFB/1988, que estabelece uma série de objetivos fundamentais do Estado brasileiro, entre os quais consta no inciso I “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e no inciso IV “promover o bem de todos”, ou seja, o Estado social se consagra como um Estado ativo, que promove a realização dos direitos fundamentais.

As primeiras experiências de Estados intervencionistas tiveram lugar após a Primeira Guerra Mundial¹³⁴. Diante das atrocidades cometidas durante as guerras, as declarações universais de direitos contra o abuso de poder ganharam novo fôlego com os tratados internacionais celebrados após a segunda guerra mundial. Todavia, tais declarações, além dos aspectos de limitação do poder, também passaram a relacionar o direito a receber prestações positivas de inclusão social (os chamados direitos sociais). Essa concepção do Estado provedor de direitos passou rapidamente para as Constituições do pós-guerra, difundindo-se o conceito de Estado Social de Direito. O Estado passa a preocupar-se não apenas com a enumeração de direitos formais, mas compromete-se em assegurar condições efetivas de fruição desses direitos. Os direitos fundamentais evoluíram para ser não apenas direitos negativos, mas também direitos a prestações positivas. Não se trata apenas de considerar o indivíduo burguês egoísta (apenas interessado em não ser molestado pelo Estado), mas de reconhecer a responsabilidade solidária com a generalidade, especialmente com os grupos sociais vulneráveis, como atuação indispensável para a justiça social¹³⁵. Procura-se completar a tríade liberdade, igualdade e fraternidade.

O Estado social efetivamente se preocupa com a promoção da qualidade de vida de seus cidadãos e das condições de desenvolvimento de todo o potencial da personalidade

¹³² Sobre a conciliação do Estado de Direito com o Estado Social, que deve ser necessariamente democrático, v. Novais, 2006b:192 *et seq.*

¹³³ Pérez Royo, 1998:195.

¹³⁴ Correia, 1987:191.

¹³⁵ Na síntese de Benda, 2001:558: “A cláusula do Estado social não oferece conteúdos concretos, mas descreve a tarefa e legitimidade do Estado, assim como a metodologia para lograr a compensação. Ele corresponde a uma visão realista dos múltiplos, complexos, sempre novos e frequentemente imprevisíveis problemas. [...] Nos

humana e, nessa perspectiva, a promoção da segurança pública como pressuposto de um ambiente livre de pressões indevidas avulta como um requisito de justiça social do Estado¹³⁶. É verdade que a promoção da segurança sempre esteve no centro do conceito do Estado liberal, mas assume um significado substancialmente diverso no Estado social¹³⁷. No Estado liberal, a atividade de promoção da segurança pública aparece como uma atividade de sobrevivência do próprio Estado, já que, em última análise, essa é a atividade que fundamentou o surgimento do Estado (como visto em Hobbes) e, portanto, desempenhar bem essa atividade se torna uma questão de defesa da própria necessidade da existência do Estado¹³⁸. Todavia, o Estado social deve ter uma especial preocupação com as classes mais desfavorecidas, como fator propulsor da redução das desigualdades e da inclusão social. Essas perspectivas sociais possuem especial interligação com uma política criminal global de promoção de segurança jurídica, não apenas através dos tradicionais instrumentos do direito penal, mas também através de outras estratégias de organização da vida social que diminuam a probabilidade de ocorrência de fenômenos criminosos (e, especificamente quanto à realidade brasileira, a concretização efetiva de políticas de inclusão social assume uma dimensão especialmente relevante).

O Estado social reconhece que o valor segurança pública não será algo que aparecerá por geração espontânea, antes necessita de uma direção estatal para sua configuração. Nessa linha, as atividades de prevenção criminal assumem um especial valor na lógica do Estado social, muito diversas da lógica do Estado liberal de intervenção meramente residual em situações já de quase-concretização do crime. Enquanto no Estado liberal o enfoque era menos prevenção e apenas repressão (com um conjunto de garantias), o Estado social passa a dirigir-se

conflitos sociais o Estado não é parte, não é defensor de interesses partidários, mas sim custódio imparcial do bem comum”.

¹³⁶ Correlacionando Estado social, segurança e justiça, v. Benda, 2001:511. Para a atividade de prevenção criminal como uma perspectiva do Estado social em promover a proteção da liberdade, v. Grimm, 1989:22. Indicando a tensão constante na atividade policial entre restringir liberdades para promover as liberdades, v. Hassemer, 1999:259.

¹³⁷ Nesse sentido: Moreno Catena, 1989:140. Relembre-se que já constava da declaração francesa dos direitos do home e do cidadão de 1789, art. 8º: “A segurança consiste na proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação da sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em 1 mar. 2011.

¹³⁸ Defendendo que os deveres de polícia e a atividade penal protege não apenas os bens individuais, mas também ao próprio Estado, v. Jellinek, 1954:190.

preferencialmente para a prevenção da ocorrência de lesões aos direitos. Assim, o Estado de bem estar social está intimamente ligado com um Estado-preventivo¹³⁹.

Enquanto no Estado liberal o paradigma era manter o Estado o mais inativo possível, no Estado social surge um imperativo de ação para concretização de direitos fundamentais. A segurança pública consolida-se, assim, como um direito fundamental de natureza social¹⁴⁰. E a estruturação do Estado Constitucional Brasileiro não passou ao largo dessa mutação das relações entre Estado e cidadãos, pois a CRFB/1988 estruturou um Estado Democrático e Social de Direito, com nítidas feições comunitaristas¹⁴¹. Não há uma oposição formal entre direitos fundamentais individuais e sociais, pois na perspectiva comunitarista brasileira mesmo os direitos individuais estão “contaminados” da visão social, e os direitos sociais não podem desconsiderar os direitos individuais¹⁴².

Em outros países há controvérsias se a segurança pública seria efetivamente um direito fundamental coletivo ou se seria meramente uma expressão do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, sem uma necessária subjetivação (ou seja, uma mera expressão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁴³).

Para um segmento da doutrina, a segurança pública não seria passível de subjetivação, ela seria apenas uma expressão do dever de proteção dos direitos fundamentais, que

¹³⁹ Otero, 2003:170. Sobre a relevância da prevenção na construção da política criminal, v. Valente, 2013.

¹⁴⁰ Sobre o direito subjetivo fundamental à proteção policial, ver: Correia, 1994:3. Grande parte dos países possui leis regulamentando a atividade estatal de promoção da “segurança cidadã”. Ver, nesse sentido, na Espanha, a LO 1/1992, conhecida como Lei sobre Proteção da Segurança Cidadã, que reconhece como função estatal a promoção da proteção aos direitos e liberdades previstos na Constituição, a remoção dos obstáculos para seu livre exercício, a erradicação da violência e a prevenção da prática de crimes.

¹⁴¹ Cittadino, 2000:43-74.

¹⁴² J.A. Silva, 2002:183.

¹⁴³ Nesse sentido, Canas, 2011:1260 e J.P. Silva, 2003:41, identificam na atividade policial não propriamente um direito subjetivo, mas um mero interesse legalmente protegido. Em sentido semelhante, A.S. Dias, 2008a, parece se inclinar contra a existência de um direito subjetivo à proteção contra perigos, ao defender a tese de que a legitimidade da criminalização de condutas estaria ligada a um juízo de desvalor fundamental residente na “negação de objetos valorativos que exprimem o reconhecimento recíproco, que integra e coordena a interação comunicativa do nosso mundo da vida” (A.S. Dias, 2008a:732); como consequência, ele apresenta (justas) críticas à criminalização de delitos de riscos ou delitos cumulativos, pois aqui não haveria uma correspondência entre o mal do resultado e o mal da pena (A.S. Dias, 2008b:107-110). Todavia, o reconhecimento do direito subjetivo à proteção não importa em desconsiderar a necessária distinção entre legitimidade para a criminalização e legitimidade para um conjunto de ações administrativas destinadas à prevenção do perigo (nelas incluídas as atividades policiais preventivas). Nessa segunda linha, entendem em Portugal que existe um verdadeiro direito subjetivo à proteção policial: C.S. Castro, 2003:313; V.P. Silva, 2003:227-228; J.C.V. Andrade, 2001:114. Para

o Estado assume em relação a seus cidadãos, ou seja, uma expressão de uma das tarefas essenciais do Estado¹⁴⁴. Assim reconhece-se que se o Estado estatuiu um sistema de direitos fundamentais ele se responsabiliza pela efetiva proteção desses direitos, o que deriva tanto de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais (uma ordem geral de valores a serem protegidos) como também de um direito subjetivo atribuído a cada cidadão (o direito de ser protegido de forma eficaz pelo Estado, enquanto manifestação de um de seus vários direitos de natureza social – a prestações positivas do Estado). Todavia, o aspecto subjetivo do direito não seria propriamente a segurança pública em si, mas o direito individual que está em perigo (liberdade, integridade física, patrimônio *etc.*). Portanto, nessa perspectiva, quando há um direito subjetivo à intervenção do Estado, a segurança não seria um direito autônomo, ela seria apenas uma manifestação dos direitos individuais que estariam em uma situação de perigo expressa em um dever de proteção do Estado.

Para a concretização desse dever fundamental de promover a segurança dos direitos fundamentais, o Estado organiza toda a atividade policial, ou seja, há uma força policial especialmente destinada à manutenção da ordem pública e, em caso de sua violação, há uma força policial à disposição dos órgãos do Sistema de Justiça Criminal apta a recolher as provas do crime e permitir ao Ministério Público a responsabilização criminal em juízo. Nessa perspectiva, a atividade policial é um serviço público que o Estado coloca à disposição da população para concretizar seu dever fundamental de assegurar a segurança pública, que se qualifica como uma tarefa essencial do Estado¹⁴⁵. Todavia, essa perspectiva não permite uma subjetivação da

uma visão geral das diversas posições portuguesas sobre o tema, ver Sampaio, 2012:178 *et seq.* Para uma visão da complexidade intrínseca do direito à segurança, ver Waldron, 2010:166-185, e a subseção abaixo.

¹⁴⁴ Sobre os deveres de proteção fundamental (*Schutzpflicht* na expressão alemã) como atributivos de um direito subjetivo de proteção ao cidadão, ver Alexy, 2002:226 e 440; ele fala mesmo que há uma presunção de subjetivação dos direitos fundamentais, e que um direito vale mais que um mero dever objetivo de proteção. Para os direitos fundamentais enquanto criadores de uma ordem objetiva de valores impositiva de deveres de proteção pelo Estado, independente de direitos subjetivos individualizáveis, ver Hesse, 1996:94 e J.C.V. Andrade, 2001:111 (denominando dimensão objetiva dos direitos fundamentais); Häberle, 2003:74-96 (denominando-a de dimensão institucional dos direitos fundamentais). Para uma análise específica do dever fundamental de proteção penal, ver Ávila, 2007:44 *et seq.*; Sarlet, 2004; Feldens, 2005:108-129; E.P. Oliveira, 2004:27. Adamo, 2011, vê na segurança pública um possível direito subjetivo, mas entende ser mais simples equacionar a questão com o recurso aos deveres de proteção. Na Alemanha, defendendo que a proteção de direitos fundamentais não é nem mesmo um dever legal, mas simplesmente uma função do Estado, ver, Starck, 2000:21.

¹⁴⁵ J.C.V. Andrade, 2001:143, afirma que na concepção liberal a atividade do Estado de promoção da segurança era vista como mero “exercício de uma função comunitária de interesse geral, e não enquanto meio de proteção dos direitos individuais. A concepção do Estado-prestador, associada aos direitos sociais, abriu caminho para a concepção do Estado-amigo dos direitos fundamentais, ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efectiva. Deste modo, muitas das normas de direito penal, bem como as que regulam a intervenção policial,

segurança pública, ou seja, não reconhece a possibilidade de se atribuir posições jurídicas individuais de exigir o cumprimento do respectivo dever do Estado.

Por outro lado, um segmento da doutrina reconhece a efetiva existência de um direito subjetivo à segurança pública, de certa forma autônomo do direito individual à proteção de uma posição concretamente em risco.

Nesse sentido, Denninger fala de uma “democracia militante”, que defende efetivamente os valores democráticos, não sendo tolerante com as posturas de intolerância (como extremismos políticos) e que admite efetivamente a criação de instituições e atividades tendentes a assegurar a efetividade da manutenção do regime democrático¹⁴⁶. Essa “democracia limitante” seria para ele uma expressão do direito fundamental à segurança pública, que por sua vez seria a expressão da solidariedade, um dos pilares do Estado pós-industrial¹⁴⁷. Na doutrina alemã, alguns autores também têm trabalhado o conceito de um direito subjetivo à segurança¹⁴⁸.

Identificando um direito fundamental de proteção penal, Silva Sanchez afirma: “a tendência à jurisdicionalização, com independência de qual seja sua base, já não permite, pelo menos em um Estado prestador de benefícios, que a segurança seja concebida como um mero reflexo da atividade policial, senão que se converte em um direito, cujo asseguramento pode ser exigido do Estado”¹⁴⁹. Em sentido semelhante, a teoria dos mandados constitucionais de criminalização parte da premissa de que existe um direito fundamental a que determinados bens

passaram a ser vistas com outros olhos, da perspectiva do cumprimento de um dever de protecção, no contexto de um processo de efectivação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, estendida a toda a actuação dos poderes públicos”. Sobre a relevância da existência de mecanismos de protecção pelo Tribunal Constitucional contra as violações dos direitos fundamentais por omissão de atuação estatal, v. Novais, 2012:274-288.

¹⁴⁶ Denninger, 2001. Entre tais mecanismos estariam a estruturação de serviços secretos com a finalidade de monitorar atividades extremistas (na Alemanha o partido comunista e o partido nazista são oficialmente proibidos) possivelmente tendentes à contradição dos valores democráticos e constitucionais.

¹⁴⁷ Denninger, 2003.

¹⁴⁸ Genericamente sobre o tema, ver Isensee, 1983; Robbers, 1987; Alexy, 2002:440. Defende Murswiek, 1985:117, que o dever de protecção é um dever de garantia que é complementar aos direitos fundamentais defensivos. Defendendo especificamente um direito à segurança como fundamento dos crimes de perigo abstrato (que seria não evitar uma lesão a um bem jurídico primário, mas evitar uma afetação normativa da segurança garantida), ver Kindhäuser, 1985. Criticando esse conceito de um direito à segurança e perspectivando-o apenas como um dever estatal, ou uma tarefa essencial do Estado: Liskén, 1992; Starck, 2000. Criticndo genericamente esse direito como uma porta para novas restrições aos direitos fundamentais, v. Hassemer, 1999:271. Em nossa posição, o reconhecimento de um direito subjetivo à protecção não precinde da discussão sobre os limites de legitimidade da atividade criminalizadora em oposição a outros ramos de ação protetiva do Estado, especialmente o direito administrativo.

¹⁴⁹ Silva Sanchez, 2002:49. Sobre o direito à segurança pública no contexto português, ver Valente, 2009b:96.

jurídicos não fiquem penalmente desprotegidos, portanto, um direito fundamental à proteção penal¹⁵⁰.

Todavia, se há controvérsia alhures, no Brasil não há espaço para essa controvérsia, pois a própria CRFB/1988, em diversos dispositivos, reconhece um direito à segurança. De forma genérica, o preâmbulo da Carta Magna estabelece que é um objetivo do Estado brasileiro: “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade [...]”.

A segurança é vista como um direito individual no art. 5º, *caput*, da CRFB/1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito** à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes

E no rol do art. 5º estão previstos diversas normas que estabelecem par ao Estado o dever de promover a proteção de determinados direitos fundamentais contra violações de terceiros.

Também em seu art. 6º, a Constituição Federal claramente denomina a segurança como um direito fundamental social, incluído sob o Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”. Conferir:

Art. 6º São **direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

Essa visão da segurança pública enquanto direito subjetivo é reforçada pelo art. 144 da CRFB/1988, que diz:

¹⁵⁰ Sobre mandados de penalização na constituição brasileira, ver Feldens, 2005:93-154. De forma mais genérica sobre o direito fundamental à proteção penal, ver E.P. Oliveira, 2004:11-70 e Mir Puig, 2001:129-132. Sobre o dever de investigar como expressão de um imperativo de tutela dos direitos fundamentais, ver Feldens, 2009.

Art. 144. A **segurança pública**, dever do Estado, **direito** e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...] (grifo nosso)

A CRFB/1988 coloca o direito à segurança no mesmo nível do direito à educação ou à saúde, por exemplo, que são claramente direitos fundamentais de natureza coletiva, ainda que tenham uma aplicação individual, pois são direitos que se realizam necessariamente no âmbito das relações sociais e culturais do homem. Apesar de ser um dever do Estado, a segurança pública também é um direito de todos. Portanto, a CRFB/1988 faz uma opção aberta pela subjetivação jurídica da segurança pública num nível coletivo. A caracterização da segurança como um direito fundamental fica também ressaltada pela inclusão do direito à segurança em diversos tratados internacionais sobre direitos humanos¹⁵¹. O direito à segurança, da mesma forma que a educação ou a saúde, integra o mínimo existencial inerente à dignidade da pessoa humana, formado pelas condições materiais básicas de existência minimamente digna.

Essa nova perspectiva do Estado Social exige um esclarecimento sobre a estrutura desse direito à segurança pública¹⁵². Há, portanto, uma perspectiva individual de segurança (prevista no art. 5º) e outra social do direito à segurança (prevista no art. 6º da CRFB/1988). Na perspectiva individual, sempre que um indivíduo tiver concretamente um direito fundamental individual em situação de perigo, ele possui o direito subjetivo de que o Estado tome as medidas necessárias e possíveis para proteger seu direito fundamental. Essa perspectiva pode ser identificada com o dever de proteção do Estado dos direitos fundamentais (dimensão objetiva), mas no caso concreto está também subjetivada diante de um direito fundamental concreto em situação de perigo¹⁵³. Está fundamentada na existência de um interesse público da defesa do interesse individual em questão (e, via de regra, as questões de segurança pública são

¹⁵¹ DUDH, art. 3º (segurança pessoal), art. 22 (segurança social) e art. 28 (direito a uma ordem social de proteção dos direitos e liberdades); PIDCP, art. 9.1; CEDH, art. 5.1; CADH, art. 7.1. A própria União Europeia é perspectivada como um espaço de “liberdade, segurança e justiça” (art. 67.1 do Tratado da União Europeia).

¹⁵² No Brasil, apesar de reiteradamente se afirmar que a segurança pública é um direito, há poucos estudos sobre a estrutura normativa desse direito e sua inerente complexidade. Ver sobre o tema: A.J. Santos, 2006:91-101. Ferrer, 2007; Santin, 2004:65-95; Alvim, 2006.

¹⁵³ Reconhecendo que o dever de proteção do estado, quando diante de uma situação concreta de perigo ao direito fundamental, efetivamente gera um direito subjetivo à intervenção do Estado, ver decisões da Corte Constitucional Alemã: BVerfGE 49, 89,141; 48, 127, 161; 69, 1, 22; *apud* Starck, 2000:41. Todavia, referido autor é contrário a essa caracterização, reafirmando que trata-se de mero dever de proteção, uma função básica do Estado, e não propriamente um direito do cidadão, explicando que tal construção apenas foi realizada pois, para levar os casos à Corte Constitucional Alemã, foi necessário justificar a violação de um direito fundamental, o que forçou o reconhecimento como estratégia para afirmar a competência desse corte.

questões de ordem pública). Todavia, o direito à segurança possui um destinatário distinto do direito fundamental individual em situação de risco, em sua perspectiva liberal (meramente defensiva). Por exemplo, se uma pessoa é vítima de sequestro, seu direito fundamental à liberdade foi violado e seu direito fundamental à integridade física e à vida está em risco iminente. Tais direitos fundamentais, na perspectiva meramente liberal, colocavam uma posição negativa frente ao Estado, no sentido de que este não deveria violar tais posições jurídicas individuais. Se o Estado viola um direito fundamental individual, o Estado possui o dever de fazer cessar essa violação, restituir a situação ao *status quo ante* e indenizar eventuais prejuízos: esse é o reverso do direito fundamental individual, que era apenas visto na concepção liberal como um direito dirigido ao eventual violador (direito de defesa), especialmente focado nas relações cidadão-Estado. Todavia, na concepção social, os direitos fundamentais vinculam não apenas o Estado, mas também outros particulares, situação que é denominada na doutrina como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). Assim, quando um particular viola um direito fundamental de outro cidadão, surge para o cidadão violado um direito distinto, o de que o Estado intervenha em seu favor para restabelecer seu direito fundamental: esse direito dirigido contra o Estado é o direito à segurança em uma perspectiva individual. Não se pode confundir o direito fundamental de defesa com o direito fundamental individual à segurança: enquanto o direito fundamental em si exige que outro particular se abstenha de violá-lo, o direito fundamental à segurança exige que o Estado tome as medidas necessárias para evitar a violação de um direito fundamental ou para restabelecer sua normal fruição. No exemplo dado, o direito fundamental à liberdade estabelece uma posição jurídica do cidadão contra o sequestrador (a obrigação de o sequestrador fazer cessar a restrição ilícita do direito de liberdade), enquanto o direito à segurança estabelece uma posição jurídica do cidadão contra o Estado (a obrigação de o Estado intervir para obrigar o sequestrador a fazer cessar a restrição ilícita do direito de liberdade, mediante a libertação do refém). O direito à segurança é instrumental em relação ao direito à liberdade e, apesar do titular do direito ser o mesmo (o refém) o sujeito passivo da relação jurídica é distinto (sequestrador e Estado). A segurança é, portanto, uma garantia jusfundamental¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Möstl, 2002; Sampaio, 2012:185. Já Alvim, 2006:86, utiliza a expressão “direito-guardião dos direitos fundamentais” para referir-se ao direito à segurança.

O direito à segurança apenas poderia ser reconduzível à estrutura primária do direito fundamental violado, caso se perspetive o direito fundamental primário não apenas como uma pretensão jurídica individual de defesa, mas como um feixe de direitos apontando em situações distintas, com uma complexidade estrutural intrínseca, que exigiria, como no caso do direito à liberdade física, um dever estatal de abstenção de ingerência (perspectiva negativa), um dever estatal de proibição de ingerências por terceiros (perspectiva positiva normativa), e um dever estatal de proteção positiva contra as ingerências de terceiros (perspectiva positiva fática)¹⁵⁵. De qualquer sorte, essa perspectiva de complexidade estrutural não corresponde à tradicional visão liberal nem da segurança nem dos direitos fundamentais enquanto instrumentos de defesa contra o Estado, e convém explicitar que o direito à segurança numa perspectiva individual e já concretizada erige-se como um direito autónomo (ainda que integrante do feixe das múltiplas possíveis relações decorrentes de um direito fundamental), já que cada um desses direitos integrantes do feixe possui uma estrutura própria e diferenciada. Aliás, em determinadas situações, é possível que o direito à segurança tenha como sujeito passivo não apenas o Estado, mas sujeitos particulares que se colocam na posição de garantes desse direito¹⁵⁶.

Para cada um dos direitos fundamentais há o correspondente direito à proteção perante terceiros. O conjunto desses diversos direitos à proteção configura o direito à segurança pública de cada cidadão, correspondente à expectativa de ter seu conjunto de direitos fundamentais devidamente protegidos pelo Estado por agressões de terceiros (e, inclusive, do próprio Estado), podendo, portanto, ter uma vida em sociedade minimamente estável, que lhe permita o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Quanto à forma de concretização desse direito à segurança numa perspectiva individual, se o bem jurídico já está na iminência de ser lesionado, o direito corresponderá a uma legítima expectativa de atuação do Estado (usualmente através das instituições policiais) para

¹⁵⁵ Utilizando essa construção de complexidade estrutural para explicar as múltiplas relações que derivam de um direito fundamental: J.C.V. Andrade, 2001:168-171. Referindo-se à estrutura poliédrica dos direitos fundamentais (com especial enfoque no dever de proteção), ver Sampaio, 2012:55. Referindo-se à segurança pública, J.C.V. Andrade, 2001:149-154, fala de uma possível ressubjetivação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, para extrair direitos dos deveres de proteção

¹⁵⁶ Exemplo seria o constante do art. 14 da Lei n. 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor), que estabelece que estabelece que o torcedor possui o direito à segurança nos locais de prática de eventos desportivos, e que atribui a responsabilidade dessa segurança à entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e de seus dirigentes, os quais por sua vez deverão acionar previamente os órgãos públicos de segurança pública. Ver comentários em Sterman, 2011:164-171.

intervir e evitar a lesão de um direito fundamental, ou, caso já tenha sido lesionado, de restabelecer a normalidade da fruição do direito, bem como de uma adequada investigação e punição da violação de seu direito. Na perspectiva individual, o direito fundamental à segurança exige a mediação normativa infraconstitucional, na estruturação de um conjunto de instituições e procedimentos que concretizem a proteção e mediem as possíveis colisões da realização da segurança com outros direitos fundamentais concretos, de sorte que o direito à segurança corresponde à expectativa do cidadão de ter uma atuação de proteção estatal nos termos da legislação. O direito à segurança individual não corresponde à expectativa de qual será a opção concreta de proteção a ser utilizada pelo legislador, pois se há várias possibilidades legais de proteção, o agente público possui a discricionariedade de optar pela que considerar mais eficiente (ainda que a própria discricionariedade administrativa tenha suas limitações, como se verá adiante). Todavia, se for possível determinar que, no caso concreto, havia uma única forma de se proteger adequadamente um interesse individualizável (situação de discricionariedade zero) referido ao núcleo de direito fundamental (ou superadas as ponderações de interesses e reconhecida a preponderância do interesse em questão), então o cidadão possui o direito a essa proteção específica, pois se trata de uma prestação vinculada¹⁵⁷. Obviamente, o reconhecimento desse direito passa pela consideração dos limites materiais do Estado, dos direitos fundamentais das demais pessoas (portanto, pelo princípio da proporcionalidade) e a própria relevância da separação de poderes (sob pena de uma “ditadura do judiciário”)¹⁵⁸. Contudo, essa opção não é absolutamente discricionária, mas passa pela consideração de uma aceitabilidade mínima da

¹⁵⁷ J.C.V. Andrade, 2001:336; C.S. Castro, 2003:315. Para uma lista de exemplos desses direitos de proteção, ver Sampaio, 2012:189-190: “um direito à intervenção policial para retirar da via pública os automóveis que bloqueiam o acesso às habitações nas imediações de um estádio de futebol, ou o direito a uma adequada vigilância sustentado pelos moradores de zonas menos policiadas, ou a que a polícia ponha cobro a actos de violência ou vandalismo, ou mesmo a que se instale uma esquadra em zona que preencha já os requisitos legais eventualmente previstos, é exigir prestações policiais com o intuito de evitar a produção de perigos”. Aprofundamos a questão da redução da discricionariedade adiante, na subseção 2.3.6.

¹⁵⁸ Salientando essa preocupação: J.C.V. Andrade, 2001:153. Indicando que os deveres de proteção devem submeter-se a quatro regras, ver Starck, 2000:59: “(a) visto de forma geral, a forma da proteção deve assegurar que tal exigência de proteção não seja meramente ilusória; (b) a legislação não está constitucionalmente obrigada a prover uma proteção ótima, pois isso tornaria o *standard* de proteção tão elevado que tornaria a totalidade da regulamentação de proteção sujeita à revisão judicial; (c) a proteção deve respeitar os princípios do Estado de Direito, de que a restrição de direitos de terceiros exige regulamentação legal; (d) a legislação relativa à proteção está limitada pelo princípio da proporcionalidade, já que a proteção contra terceiros envolve a restrição de direitos dessas pessoas, de sorte que a exigência de que o princípio da proporcionalidade seja respeitado nesse caso influencia o modo de proteção”.

opção tomada, segundo as normas jurídicas de organização em vigor¹⁵⁹. Ademais, considerando que na maioria das situações de exigência de intervenção policial há direitos fundamentais ligados ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana (como a liberdade física, a vida e a integridade física) e que o próprio texto constitucional já reconhece a existência de instituições encarregadas da função de promover a segurança pública, as situações mais dramáticas de exigência de intervenção policial imediata (como no caso anterior do salvamento de refém) emanam diretamente da Constituição, independentemente de mediação infraconstitucional. Outras situações de risco não imediato a camadas mais superficiais de um direito fundamental usualmente exigirão mediação legislativa infraconstitucional para a realização do direito à segurança¹⁶⁰.

Normalmente, a imediatidade entre a demanda e a possível solução impedem uma jurisdicionalização desse direito à segurança na esfera policial¹⁶¹. Ainda assim, algumas hipóteses de proteção judicial podem ser vislumbradas, como no caso do deferimento de medidas cautelares penais destinadas a proteger a vítima mediante a imposição de uma obrigação de o investigado não frequentar determinados lugares ou de estar proibido de aproximar-se e manter contato com determinadas pessoas (hoje previstas no CPP, art. 319, II e III), ou ainda a própria prisão preventiva para a garantia da ordem pública (CPP, art. 312), destinada a evitar que o investigado continue a praticar crimes contra determinada pessoa, numa situação em que se vislumbre esse risco concreto. Nesses exemplos, o direito à segurança *deveria* conferir à vítima o direito habilitar-se como assistente da acusação para formular tais requerimentos de medida cautelar penal para assegurarem sua proteção; no Brasil, a legislação ainda não admite o

¹⁵⁹ Möstl, 2002. No mesmo sentido, afirma Sampaio, 2012:179: “no desempenho de suas tarefas, a polícia não responde apenas perante a comunidade, em termos objetivos, aceitando-se a ideia de que o indivíduo que é ameaçado por um perigo tem um direito subjetivo a uma decisão correta quanto aos seus pressupostos sobre o ‘se’ e o ‘como’ da medida de polícia adotada”.

¹⁶⁰ Por exemplo, se uma pessoa se apropria de um bem móvel, isso configurará crime de apropriação indébita, mas se ela aluga um bem imóvel e ao final do contrato se recusa a devolvê-lo, isso configurará (a princípio) fato criminalmente atípico, sendo cabível apenas a ação de despejo. Portanto, a configuração da ingerência ao direito de propriedade poderá esclarecer se a proteção será feita em nível criminal ou em nível meramente cível.

¹⁶¹ Consideramos desnecessário resenhar toda a polêmica que existe sobre o conceito de direito fundamental subjetivo e sua correlação com a possibilidade ou não de imediata jurisdicionalização, o que derivaria da existência de possibilidade de “o juiz dispor de parâmetros objetivos de controle das ações e/ou omissões dos poderes públicos” (Novais, 2003:513) ou sua satisfação como mera “relação quadro” das posições jurídicas de vantagem do indivíduo, pois, como se verá adiante, ao menos na forma de indenização há a possibilidade de jurisdicionalização da violação desse direito. Isso porque, como se verá adiante, ao menos a hipótese de indenização estatal por omissão de proteção poderá ser judicializada (em hipóteses limitadas), o que já corresponde ao reconhecimento da existência de um direito à intervenção policial.

assistente da acusação na fase das investigações, apesar de admitir, no microssistema da violência doméstica contra a mulher (Lei n. 11.340/2006) que a própria vítima formule requerimento de medida protetiva de urgência em seu favor quando do registro da ocorrência¹⁶². Diferentemente do Brasil, por exemplo, em Portugal o assistente possui o direito de formular tais requerimentos de medidas cautelares para a sua proteção da fase das investigações (CPP português, art. 69.2.a e art. 268.2)¹⁶³. Em outras situações mais raras de possível mediação de tempo entre a demanda de atuação policial e uma atuação ainda efetiva podem possibilitar uma eventual jurisdicionalização desse direito à segurança, expresso num direito à intervenção policial; por exemplo, se a Polícia eventualmente tolera um local célebre pela venda sistemática de produtos falsificados (v.g., as Feiras dos chamados DVD's e CD's "piratas"), os representantes da Indústria Cinematográfica ou Musical possuem o direito de formular um requerimento administrativo para que haja uma ação efetiva da Polícia nesses locais e, diante de uma eventual omissão, podem ajuizar mandado de segurança para compelir o Estado a adotar medidas policiais minimamente eficientes para coibir a prática ilícita que viola seus direitos. Todavia, apesar das possibilidades antes mencionadas de proteção jurisdicional do direito à segurança através das medidas cautelares penais (no Brasil apenas no microssistema da Lei Maria da Penha) ou da ação para compelir à ação policial, normalmente a jurisdicionalização do direito à segurança individual, na hipótese de omissão policial ou do sistema de Justiça, ocorre na forma de uma ação de indenização contra o Estado pela omissão relevante¹⁶⁴.

Um interessante caso foi julgado pelo STF: em uma área de notórios índices elevados de criminalidade, onde o Estado não estava sendo eficiente em assegurar um mínimo de segurança pública, uma pessoa foi vítima de roubo, recebeu um tiro e ficou tetraplégico. No caso, o STF reconheceu que o recorrente tinha direito a indenização, consistente em ter suas despesas

¹⁶² Sobre as hipóteses de participação da vítima no processo penal brasileiro, ver C.G. Câmara, 2008:331-358.

¹⁶³ Albuquerque, 2009:208.

¹⁶⁴ Sobre a responsabilidade civil do Estado por omissões, ver genericamente Di Pietro, 2001:519. Especificamente sobre o dever de indenizar diante de omissões policiais, ver Lazzarini, 1999:445; Sampaio, 2012:211-213; Guinchard e Buisson, 2009:545, 549. Vale lembrar que no caso *Maria da Penha*, o Estado Brasileiro foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos pela inefetividade de seu sistema penal, em casos de crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, fato que justificou a condenação do Estado do Ceará em efetuar o pagamento de uma indenização à vítima, e fomentou a posterior edição da Lei n. 11.340/2006 para reforçar a proteção estatal nessa seara. Trata-se, portanto, do reconhecimento da violação do dever de proteção eficiente no âmbito criminal, que ensejou uma indenização, que apenas poderia ser reconhecida com fundamento na existência de um direito à proteção eficiente. Todavia, o caso deve ser lido dentro de suas peculiaridades, como uma violação frontal da eficiência estatal de proteger de forma minimamente satisfatória (e não de dar a melhor proteção possível).

médicas pagas por profissional particular indicado pelo recorrente, ao argumento do não cumprimento pelo Estado de seu dever de proporcionar segurança pública¹⁶⁵. Em outras palavras, o não cumprimento do dever objetivo de prestar segurança pública, em um nível claramente abaixo do minimamente necessário (e não no âmbito da responsabilidade objetiva, já que pressupõe demonstração de culpa), cria um direito subjetivo de indenização, que apenas pode ser fundamentado no direito subjetivo à segurança pública¹⁶⁶.

Outra perspectiva do direito à segurança ocorre em um nível coletivo, sem a existência de uma possível vítima já individualizada numa situação concreta de perigo¹⁶⁷. Nessa outra perspectiva, todos os integrantes da coletividade são possíveis titulares desse direito, já que todos são potenciais vítimas de possíveis violações de seus direitos e, portanto, têm a expectativa de que o Estado estruture uma atividade de segurança pública que diminua a probabilidade de serem vítimas desses crimes ou que, caso eles ocorram, o Estado esteja a postos para intervir e restabelecer a normalidade da fruição dos direitos. Nessa perspectiva coletiva (transindividual), o direito à segurança não corresponde ao direito a uma ação concreta e específica, mas o direito à existência de uma política pública de segurança que seja minimamente eficiente para assegurar a legítima expectativa de proteção dos direitos dos cidadãos. Ele é indivisível, pois a expectativa de ter as garantias mínimas de proteção para viver e se desenvolver de forma digna não pode ser fracionada, pelo que esse direito à segurança não pertence a ninguém em particular, mas a todos em geral, pelo que é um direito difuso, ou seja, é admissível se gozo individual apenas na medida em que todos os integrantes da coletividade também estejam a dele usufruir¹⁶⁸. Em regra, a atividade de prevenção criminal e de estruturação da Polícia para estar minimamente apta a reagir com eficiência diante do crime configura-se num direito à segurança numa perspectiva coletiva.

¹⁶⁵ Conferir: “Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da Polícia Militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das consequências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço”. STF, Pleno, AgRg- STA 223, rel. p/ ac. Min. Celso de Mello, j. 14 abr. 2008, *Informativo* 502.

¹⁶⁶ Por se tratar de responsabilidade por omissão, trata-se de culpa anônima, da organização do serviço, que não funciona, funciona mal ou com atraso, portanto não se reconduz ao art. 37, § 6º, da CRFB/1988, mas aos art. 186 e 927, *caput*, do CC/2002. Para um interessante estudo sobre a responsabilidade do Estado por omissão policial de promoção de adequada proteção contra terceiros, ver Sterman, 2011 (com citação de diversas decisões judiciais).

¹⁶⁷ Por exemplo, a Corte Constitucional Alemã entende que, no caso de ameaças terroristas, há um dever de proteção não apenas de um indivíduo concreto, mas de toda a população: BVerfGE 46, 160, 164, *apud* Starck, 2000:34.

A forma de realização desse direito coletivo à segurança é variada, dependendo de diversas concretizações, tanto pela legislação quanto pela organização administrativa do Estado. Há uma variedade de formas pelas quais o legislador pode decidir proteger um direito fundamental, e a separação de poderes exige que a opção primária por tais opções seja do legislador e não do judiciário. A proteção pode ser feita por normas administrativas, cíveis e criminais, podendo-se falar apenas em situações muito extremas de exigências constitucionais de mandados de criminalização¹⁶⁹. Isso significa que, na estruturação dessa atividade de proteção há um mínimo necessário a partir do qual se abre um leque de opções para o legislador regulamentar a forma de proteger os direitos fundamentais; se existem as opções A e B, e ambas estão acima do mínimo de proteção, ambas são opções legítimas ao legislador, não sendo possível o judiciário eleger a opção A em desfavor da opção B. Todavia, se uma opção C for claramente insuficiente para a proteção de um direito fundamental, o juiz pode validamente declarar inconstitucional essa opção C feita pelo legislador, por violar a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), ou seja, violou-se o limite inferior de configuração do legislador, as exigências mínimas¹⁷⁰. Também se há uma omissão total de ação protetiva, pode-se reconhecer a violação ao direito à segurança¹⁷¹. Numa situação mais extrema, se o grau de determinabilidade do direito já permite aferir a efetiva existência de um direito subjetivo de proteção e, analisando-se todas as opções possíveis (de A a Z), verifica-se que tão somente a opção A é viável para a proteção minimamente suficiente do direito fundamental, então o juiz poderá validamente determinar a

¹⁶⁸ Alvim, 2006:88, destacando que a defesa de direitos difusos possui importante referencial normativo no Brasil pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁶⁹ Sobre o tema no Brasil, ver Feldens, 2005.

¹⁷⁰ Sobre o contorno dogmático da proibição de insuficiência, ver: Feldens, 2005:108-129; Sarlet, 2004; Ávila, 2007:57-61; Streck, 2005; Novais, 2010:296 *et seq.*; Alexy, 2002:46-454. Na Alemanha, a Corte Constitucional entendeu que a descriminalização do aborto violaria a proibição de proteção insuficiente, e que há um dever estatal de ter uma postura ativa na regulamentação das atividades nucleares como expressão desse dever (e que uma omissão de controle seria inconstitucional); ver Starck, 2000.

¹⁷¹ A solução concreta desse problema da omissão total de proteção é complexa, pois, se o Judiciário definir a medida concreta de proteção, ele poderá estar invadindo a seara legislativa (nesse sentido: Starck, 2000:62), e se ele simplesmente se limitar a declarar que existe uma omissão legislativa relevante e apenas conclamar o Legislativo a cumprir sua missão, poderá estar condenando a proteção do direito fundamental à eterna omissão legislativa. Todavia, se já há parâmetros normativos determinando qual é o mínimo de proteção adequado e o Executivo não efetiva o cumprimento da lei, então a ação do judiciário determinando o cumprimento das normas em vigor é plenamente justificado.

implementação da solução A, recorrendo diretamente à norma jusfundamental (situação de discricionariedade zero)¹⁷².

Especificamente no âmbito policial, a proibição de insuficiência impõe a existência de uma capacidade de funcionamento das instituições policiais, que as torne aptas a ser minimamente eficiente na proteção dos direitos fundamentais no âmbito da atividade de segurança pública e que essa estrutura funcione de forma minimamente satisfatória. Em certa medida, o direito fundamental coletivo à segurança não atribui diretamente uma solução de proteção, trata-se de um direito a normas de organização e procedimentos, para que exista uma adequada mediação legislativa da realização da proteção do direito fundamental em jogo (especialmente quando essa proteção envolve a restrição de direitos fundamentais de outros cidadãos), para que através da legislação infra-constitucional o direito à segurança tenha realização prática, bem como um direito a que as normas infra-constitucionais que estruturam o direito à segurança sejam implementadas de forma efetiva.

Nas situações em que a norma constitucional que estabelece um dever de proteção não apresenta determinabilidade suficiente para fazer nascer uma relação jurídica concreta entre o cidadão e o Estado, então, apesar de haver um dever de proteção (um dever estatal de maximizar a realização da norma jusfundamental), não haverá o correlativo direito subjetivo de proteção (em sentido estrito, de direito exigível judicialmente)¹⁷³. Já nas outras situações em que se pode verificar (i) uma determinabilidade suficiente do conteúdo da obrigação

¹⁷² Segundo Sampaio, 2012:209, nessa situação de discricionariedade zero de atuação policial, o juiz poderá determinar a prática do ato e, ainda que não seja plenamente possível determinar seu conteúdo ante as peculiaridades da situação concreta, o juiz poderá estabelecer as balizas jurídico-constitucionais vinculativas nas quais o ato deverá ser praticado (referindo-se a mecanismo da “condenação à prática de um acto administrativo legalmente devido”, cf. legislação portuguesa, na CRP/1976, art. 268.4 e CPTA, art. 46.2.b e art. 66 *et seq.*).

¹⁷³ Novais, 2003:117-121; Sampaio, 2012:194-214. Daí porque Isensee, 1983:50, afirma que os direitos de proteção possuem um âmbito mais restrito que os deveres de proteção. Daí porque o dever de atuação policial deriva em primeiro nível da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e apenas em situações residuais de um direito subjetivo à intervenção policial. Nas demais situações não haverá propriamente um direito à segurança, mas um mero interesse jurídico, que não seria diretamente exigível pelo Estado. Exemplo: se o Estado fecha uma Delegacia de Polícia numa área de elevados índices de criminalidade, sem justificativa plausível para tanto, inclusive ofendendo outros critérios normativos de distribuição do efetivo policial, há uma omissão de prestar segurança pública que justifica o ajuizamento de ação civil pública para determinar a reinstalação de Delegacia no local; todavia, se o Estado apenas muda a delegacia de local dentro do mesmo bairro para um local mais afastado, ao argumento de proporcionar mais segurança aos policiais e ter mais espaço interno para as instalações, ainda que gerando certo transtorno aos moradores que terão que se deslocar mais para chegar à DP, tal alteração não chega a violar o direito à segurança, apesar de talvez deixar de maximizar a realização do dever de prestar segurança. Aparentemente Alvim, 2006:92, não distingue entre interesse jurídico e direito subjetivo no âmbito do direito à segurança, permitindo a tutela judicial de ambos.

estatal e (ii) a determinabilidade de qual seria o *standard* mínimo de proteção aceitável (o qual não está sendo implementado pelo Estado), então haverá um direito, judicialmente exigível, à proteção policial, inclusive um direito à eventual restrição pela Polícia do direito de terceiros¹⁷⁴.

O fato de a estrutura do direito à segurança (enquanto *soft Law*) ser substancialmente distinta da estrutura do direito fundamental de defesa (enquanto *hard Law*), não desnatura sua existência também enquanto direito¹⁷⁵. Na perspectiva do direito coletivo à segurança pública, a titularidade do direito é também coletiva. Isso significa que apenas é possível admitir a tutela desse direito coletivo no âmbito das ações coletivas, entre as quais a ação civil pública e a ação popular são os instrumentos mais usuais, destinadas a coibir a violação do mínimo essencial para a existência do direito à segurança¹⁷⁶.

O Ministério Público possui especial legitimidade para a promoção dessas ações para tutela de direitos coletivos e difusos, conforme preceitua o art. 127, *caput*, e art. 129, III, ambos da CRFB/1988 e art. 1º, IV e art. 5, I, ambos da Lei n. 7.347/1985. As hipóteses de utilização desse expediente têm sido várias, especialmente contra¹⁷⁷:

[...] redução do quadro de agentes penitenciários no sistema prisional, fragilidade da ordem interna dos presídios, violação da integridade física e ameaça à vida dos presos e da população em geral, ineficiente ou insuficiente estrutura das unidades policiais e de perícia criminal, insuficiente efetivo policial, ausência de policiamento ostensivo em certas localidades e ações contrárias aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

O STF já teve oportunidade de ser chamado diversas vezes a manifestar-se sobre o tema, tendo reconhecido a existência de um direito fundamental coletivo à segurança pública, que admite proteção judicial. Conferir¹⁷⁸:

¹⁷⁴ Sobre a delicada definição desse *standard* mínimo de eficiência, afirma Novais, 2003:122, que deve ser “tidos em conta, para além da referida determinabilidade jurídica das prestações estatais devidas, também fatores como a relevância jusfundamental do bem lesado, a intensidade da violação ou da ameaça, a situação de desproteção ou carência fática em que se encontrem os particulares afetados ou, nos casos do dever de proteção estatal contra ameaças providas de terceiros, as possibilidades efetivas de autodefesa”.

¹⁷⁵ Fazendo essa distinção: Starck, 2000:63.

¹⁷⁶ Abordamos mais detidamente a questão da ação civil pública para o caso de ausência de estrutura policial mínima adiante, no subitem 2.5.2.4.a. Ver sobre o tema: Euzébio, 2002; Santin, 2004:221-264.

¹⁷⁷ CNPG, 2012:62. Ver ainda Santin, 2004:209.

¹⁷⁸ STF, 2ª T., AgRg- RE 559.646, rel. Min. Ellen Gracie, j. 7 jun. 2011, DJE 24 jun. 2011. Todavia, a construção dos limites de até onde o Judiciário pode ir para estabelecer a efetivação desse direito à segurança nem sempre é clara; por exemplo, há vários precedentes monocráticos do STF no sentido de que não seria cabível ação civil pública para determinar a construção de uma cadeia pública, sendo admissível tão somente a determinação de

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

O direito fundamental à segurança pública realiza-se não apenas na atividade de prevenção criminal, mas também nas atividades de investigação criminal e de processamento criminal, que assumem a expressão de um direito fundamental a uma resposta justa do Estado nessas áreas, como uma das manifestações de um direito à proteção pelo Estado: a proteção penal. Não se pode esquecer que uma correta investigação de um fato, com a adoção das medidas de proteção das vítimas cabíveis, também é um importante instrumento de proteção de direitos fundamentais¹⁷⁹. A concretização da punição criminal é uma expressão do dever de proteção na medida em que realiza das finalidades da pena, sendo essa a prevenção geral (reforçar a vigência da norma, inculcar de forma generalizada o receio de violar a norma) e especial (reforçar para o infrator específico que a norma está em vigor, intimidar o infrator a não voltar a reincidir, fornecer condições ao infrator para se ressocializar e, de forma accidental, segregar o infrator do convívio social durante o período de cumprimento da pena)¹⁸⁰. A própria prisão preventiva apresenta-se com fundamento na proteção da ordem pública, ou seja, uma noção desvinculada da proteção de bens individuais, mas de acautelamento do meio social¹⁸¹. Portanto, em última análise, a realização concreta do sistema penal é uma atividade preventiva do Estado em relação à proteção de bens jurídicos, bem como de proteção da vigência das normas necessárias à

desativação e remoção de presos; conferir: STF, RE 422.298/PR, rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, 29 jun. 2006, DJ 7 ago. 2006. Ver ainda outras decisões monocráticas nesse sentido: STF, RE 365.299, RE 403.806/PR, RE 401.758/GO, RE 650.085/SP. Aqui, o argumento central é que não caberia ao Judiciário escolher qual cadeia seria construída em predileção de outra, pois tal escolha seria uma questão política afeta ao Executivo.

¹⁷⁹ Nesse sentido, o TEDH tem salientado que a eficiência da investigação criminal, no caso de homicídios, está exigida pelo art. 2º da CEDH, que assegura a proteção ao direito à vida. Nesse sentido, ver *Labita vs. Itália* (6/4/2000) e *Kontrova vs. Eslováquia* (31/5/2007). Nesse último caso, foi feita a comunicação de notícia de ameaça no caso de violência doméstica, mas a Polícia deixou de investigar adequadamente o caso, que acabou por evoluir para o homicídio pelo pai de dois filhos, tendo o TEDH considerado que houve violação ao referido princípio da convenção (ver Chiavario, 2009:399).

¹⁸⁰ Segundo J.F. Dias, 1999:87-136, a pena deve ter finalidade exclusivamente preventiva (não meramente retributiva), partindo da necessidade da prevenção geral positiva (restabelecimento da paz jurídica comunitária mediante a manutenção da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada) para chegar à prevenção especial (inocuidade, intimidação pessoal e oferta de condições de prevenção da reincidência), tendo ambas, como limite máximo (não fundamento) a culpabilidade. Em sentido semelhante, sustentando uma teoria unificadora dialética dos fins da pena, v. Roxin, 1998:15-47. Ver ainda sobre o tema: Suxberger, 2006 e Alcácer Guirao, 2004.

¹⁸¹ Nesse sentido: STF, 2ª T., HC 101.300, rel. Min. Ayres Britto, j. 5 out. 2010, DJE 18 nov. 2010.

manutenção de uma ordem pública. Nessa linha, a eficiência da atividade de investigação criminal também desponta como concretização de dever de proteção de direitos fundamentais. Nas palavras de Valente, a investigação criminal eficiente é como uma “trave mestra” da segurança num Estado de Direito Democrático¹⁸². Isso porque a eficiência da fase investigativa é essencial para a eficiência das fases restantes da persecução penal.

Assim, também há precedentes entendendo que uma configuração do serviço público de segurança esdruxulamente aquém de um mínimo necessário pode ensejar a responsabilização do governante por ato de improbidade administrativa, e, em tese, é possível uma ação civil pública aviada pelo Ministério Público para compelir o governo a proporcionar uma estrutura mínima para a atividade policial, como expressão do direito fundamental social à segurança pública¹⁸³.

Dessa virada de perspectiva do Estado Liberal (que pregava a mínima intervenção na área de prevenção) para o Estado Social (que reconhece um direito fundamental coletivo à segurança pública), surge uma série de problemas para a restrição de áreas de perigo (princípio da precaução), aumento das áreas sujeitas à vigilância estatal, e incremento das ações de educação sobre a prevenção de riscos. Esse complexo de relações entre os limites da liberdade do cidadão e as funções de proteção do Estado também estão na base constitucional de estruturação do próprio processo penal. Como dizia Figueiredo Dias¹⁸⁴:

O pensamento social da comunidade democraticamente estruturada vê na pessoa, não o ‘súdito’ (no sentido do Estado-de-Polícia, que desconhece a sua esfera própria de autonomia), não também o ‘indivíduo’ autolegislator (fora do qual não existiria qualquer critério de valoração ética e cuja autonomia é por isso

¹⁸² Valente, 2009b:102.

¹⁸³ Para um exemplo de ação civil pública para implementar a política de segurança pública, especificamente, para instalar Delegacia de Polícia e um Batalhão de Polícia numa cidade de interior com elevados índices de criminalidade, bem como para implementação de outras políticas de segurança, ver Euzébio, 2002 (que cita, ainda vários precedentes jurisdicionais de reconhecimento da hipótese indicada). De forma mais genérica, sobre a complexa temática do uso da ação civil pública para o controle judicial da implementação de políticas públicas, (e do risco de o judiciário se substituir ao poder executivo, com a judicialização da política) ver Mazzili, 1991:471-509; Frischeisen, 2000; Mancuso, 2001; Appio, 2005; Casagrande, 2008. Especificamente sobre o controle judicial da segurança pública, ver Santin, 2004. Relembrando que os direitos sociais (entre os quais incluímos o direito à segurança pública) estabelece um “mínimo imperativo”, que admite o controle judicial, ver J.C.V. Andrade, 2001:379. Aqui, parece-nos que o cabimento do controle judicial estará limitado à correção de omissões flagrantemente violadoras do mínimo necessário, ou seja, se determinada medida é essencial à fruição do direito social à segurança pública e sem tal medida esse direito simplesmente não seria passível de fruição, então a omissão em realizar essa medida seria uma violação do dever fundamental de proteção eficiente.

¹⁸⁴ J.F. Dias, 2004:69-70.

formal), mas a personalidade ética que cria e promove os valores comunitários e à qual há que assegurar as necessárias condições de livre realização. E daqui a exigência de uma estrutura processual penal que não aniquile o liberdade individual, como no Estado-de-Polícia, ou a personalidade ética, como no Estado-de-massa, nem renuncie às condições indispensáveis para realizar uma função da comunidade, como no Estado liberal-individualista.

Sem dúvidas, a atividade de prevenção criminal desponta no Estado social como uma modalidade de concretização de direitos fundamentais, todavia nem sempre muito visível. Cada delito prevenido, cada acidente evitado, constitui uma afirmação dos direitos fundamentais enunciados no texto constitucional, ainda que nem sempre se possa ter a exata dimensão de o que foi exatamente evitado (pelo próprio fato de não ter ocorrido). Todavia, no outro prato da balança, a atividade de prevenção criminal também constitui uma nova forma de interferência estatal no âmbito da liberdade individual, que passa a exigir novos parâmetros constitucionais de limitação dessa atividade e mesmo uma reorganização das relações entre Estado e cidadão¹⁸⁵.

Ainda que Denninger defenda que tenha ocorrido uma efetiva mudança no fundamento do paradigma constitucional, que deixaria de ser a liberdade e passaria a ser a segurança, não se pode perder de vista que, mesmo no âmbito do Estado Social, a segurança não é o fundamento central do sistema de valores constitucionais, mas sim um bem acessório destinado a favorecer o florescimento da liberdade, esta sim o fundamento do Estado¹⁸⁶.

A natureza de direito fundamental da segurança pública é reforçada pelo reconhecimento de que se trata de um pré-requisito essencial para o exercício dos demais direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Nesse sentido, afirma Shue¹⁸⁷:

¹⁸⁵ Sobre a necessidade de reorganização das relações entre Estado e cidadão na nova demanda por prevenção no Estado social, ver Grimm, 1989:23; Mösl, 2002.

¹⁸⁶ Denninger defende que a tradicional meta de liberdade, igualdade e fraternidade transmutam-se na nova era de riscos em segurança, diversidade e solidariedade: ver Deninger, 2003 e T.B. Amaral, 2005:2. Todavia, essa proposta não é isenta de críticas, pois é perfeitamente possível continuar a trabalhar com a proteção de riscos modernos no âmbito do tradicional paradigma de liberdade do Estado de Direito, mesmo porque as normas restritivas de direitos devem ser construídas num paradigma democrático, portanto continuam a ser expressão da liberdade de autossubmissão da liberdade individual a normas legitimamente construídas; nesse sentido: Habermas, 2000:522-523. Ver comentários em A.V. Oliveira, 2005. A incorporação de uma alteração de paradigmas em sede de fundamento constitucional é especialmente perigosa na seara criminal, por expor a riscos de expansão descontrolada da atividade de prevenção, com consequente o risco de panoptismo social.

¹⁸⁷ Shue, 1980:21.

Ninguém pode usufruir plenamente nenhum direito que é supostamente protegido pela sociedade se alguém puder livremente ameaçar tal pessoa de assassinato, estupro, agressões *etc.*, quando a pessoa tentar usufruir os direitos em discussão. Tais ameaças à segurança física estão entre as mais sérias e – na maioria do mundo – os obstáculos mais difundidos ao gozo de qualquer direito. [...] Na ausência de segurança física as pessoas não são capazes de fruir qualquer outro direito que a sociedade diga estar protegendo, pois estão susceptíveis de enfrentarem muitos dos piores perigos que eles enfrentariam se a sociedade não protegesse os seus direitos.

Assim, enquanto o Estado liberal desenvolve o conceito de um direito à vedação de arbitrariedades praticadas pelo Estado, o Estado social incorpora também a ideia de um direito fundamental à promoção da segurança pública. Esses são dois princípios em constante tensão na atividade estatal de promoção de segurança pública. Em verdade, não se pode dizer exatamente que maiores restrições à liberdade proporcionarão necessariamente um incremento ao valor da segurança, pois a segurança é um valor complexo que abrange tanto a proteção contra terceiros como também a proteção contra os eventuais abusos do próprio Estado. Também não faz sentido em um Estado social (que também é um Estado de Direito), imaginar-se um direito social à prestação de segurança pública sem a respectiva previsão dos critérios de prestação desse serviço público nem sem preocupar-se com as respectivas garantias contra eventuais abusos. Assim, também o Estado Social de Direito não pode afastar-se do postulado da legalidade enquanto reserva garantística da atividade de prestação dos direitos sociais¹⁸⁸.

O reconhecimento da segurança pública como um direito fundamental reconduz o exercício da atividade policial a ser perspectivada como um serviço público prestado pelo Estado para o cumprir sua obrigação constitucional jusfundamental de proteger os cidadãos¹⁸⁹. Assim, o cidadão tem direito que o Estado promova políticas criminais minimamente eficientes de prevenção de crimes, uma atividade de policiamento ostensivo minimamente eficiente para evitar a prática de crimes e assegurar a confiança dos cidadãos na estabilidade das relações. Da mesma forma, ocorrendo a prática de um delito, tanto a vítima quanto a coletividade possuem o direito que o Estado seja minimamente eficiente no esclarecimento da autoria e materialidade desse crime e que assegurem que o autor desse crime seja responsabilizado. É claro que a responsabilização não será entregue à vítima, num regime de vingança privada, mas será

¹⁸⁸ Genericamente: Correia, 1987:292. Destacando a relevância da legalidade para a atividade de prevenção criminal, ver Grimm, 1989:24.

executado pelo próprio Estado (o Ministério Público), através de uma instituição que se posicione de forma objetiva (“imparcial”) sobre o ilícito penal e promova em juízo, com todas as garantias necessárias, a responsabilização do criminoso. Mas a atividade policial de investigação do fato criminoso, ainda que destinada a fomentar a atuação do Ministério Público, também possui, ela mesma, à luz dos princípios do Estado Social, uma relevância constitucional, pois se trata de um instrumento para a realização do dever fundamental de proteção penal.

Na seara privada, já há uma razoável literatura sobre a prestação de serviços de segurança particular como sendo uma *commodity*, um bem a ser usufruído e, portanto, um serviço passível de comercialização. Aos poucos, essa visão de policiamento como um serviço a ser prestado pelo Estado tem influenciado estudos sobre a satisfação do consumidor na prestação do serviço, estabelecimento de metas de atividades, planos organizacionais e, em alguns casos, até a criação de um “conceito” de policiamento a ser exportado em nível internacional¹⁹⁰. Exemplos dessa “commoditização” de políticas de policiamento são as políticas de policiamento comunitário e de tolerância zero, ainda que em muitas situações a efetiva eficácia e legitimidade dessas medidas sejam questionáveis¹⁹¹.

A fundamentalidade do valor da segurança pública pode ser melhor percebido quando se analisa o resultado de uma ineficiência sistêmica do Estado em prover esse serviço público com qualidade, situação que pode ser reconhecida no Brasil em algumas áreas socialmente desestruturadas, nas quais os índices de homicídios *per capita* chegam a equiparar-se ao de áreas de guerra, o Estado não tem capacidade de proteger seus cidadãos de forma eficiente. Segundo levantamento do mapa da violência 2013 do Brasil, há mais homicídios em números absolutos no Brasil que do que no Iraque, sendo o Brasil o 7º país no mundo em número de homicídios por habitantes¹⁹². No caso das favelas cariocas dominadas pelo tráfico, instala-se um

¹⁸⁹ Sobre a configuração da atividade policial como um serviço público, destinado a proteger direitos fundamentais, ver Santin, 2004.

¹⁹⁰ Sobre o conceito de “branding and commodification of public policing” no contexto norte irlandês e a exportação do seu conceito policiamento, como forma de recuperação do *status* internacional daquele país, ver Ellison e O’Reilly, 2008:334.

¹⁹¹ Com críticas à legitimidade da política de tolerância zero, com a substituição do Estado Social pelo Estado Penal, ver Wacquant, 1999. Segundo Loader e Walker, 2007:201, a introdução da lógica de mercado à atividade estatal de segurança acaba por gerar o fenômeno do “comensurismo” policial (*police comensurism*), ou seja, é a ideologia de que o Estado deve procurar descobrir as preferências das pessoas e então criar demandas por controle social baseadas em tais preferências (níveis de policiamento, formas e gravidade das penas), com expressões, por exemplo, nas tendências político-criminais de tolerância zero e *broken-windows*.

¹⁹² Waiselfisz, 2013.

poder paralelo de natureza despótica, como toques de recolher, fechamento de comércios e mesmo provimentos informais de “justiça” mediante a violência, numa clara violação de direitos fundamentais dos moradores que não são parceiros do crime organizado¹⁹³. Nessas situações as pessoas com melhores condições se auto-enclausuram em condomínios com segurança privada, quando os pobres são relegados à situação dramática de insegurança (muitas vezes contra o próprio Estado). Nessa perspectiva, uma grave ausência do Estado na atividade de segurança pública, em favor de atores privados (empresas de segurança privada ou a segurança comunitária auto-organizada), também é um combustível perigoso para incrementar um círculo vicioso de insegurança¹⁹⁴. Ainda que se reconheça a emergência de novos atores privados na concretização da política de segurança pública, o Estado ainda mantém um papel decisivo na coordenação desses diversos atores e na governança da segurança pública¹⁹⁵.

Registre-se, finalmente, que essa sinopse evolutiva do conceito de Estado de Direito não se resume à dicotomia liberal *versus* social, antes deve incorporar necessariamente o viés democrático. Segundo Habermas, a idéia de democracia está no núcleo do próprio conceito de Estado de Direito¹⁹⁶. Como visto, a passagem do Estado de Direito liberal para o social alterou a perspectiva de um Estado que apenas não viola direitos, para um Estado que assegura condições de fruições dos direitos com a oferta de prestações, através de políticas públicas. Como as

¹⁹³ L.E. Soares, 2000.

¹⁹⁴ Loader e Walker, 2007:210, indicando que as comunidades com condições financeiras se tornam atores soberanos de sua própria segurança, relegando os demais à insegurança, o que acaba por degenerar o valor da sua própria segurança ao diminuir a “atividade de viver e interagir com outras pessoas”. Tais modalidades de segurança privada também tendem a não considerar os valores de segurança dos não clientes, com tendências de intolerância para grupos minoritários, criando uma tirania dos clientes da segurança privada, com a degeneração da legitimidade dessa atividade (*ibidem*: 225).

¹⁹⁵ Sobre a governança da segurança pública, ver Proença Jr. *et al.*, 2009. Nesse sentido, ver decisão do STF: “O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é, por um lado, a divisão do trabalho; por outro, a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada, admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da Polícia, como se lê nos incisos do art. 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (art. 129, I).” (STF, Pleno, HC 95.009, rel. Min. Eros Grau, j. 6 nov. 2008, DJE 19 dez. 2008).

¹⁹⁶ Ele afirma expressamente o centro de sua tese: “numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de Direito sem democracia radical” (Habermas, 1997(v. 1):13. Essa construção parte da conexão interna entre democracia e direitos fundamentais. Ele mesmo sintetiza: “A conexão interna entre democracia e Estado de Direito consiste em que, por um lado, os cidadãos apenas podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública se graças a uma autonomia privada assegurada são suficientemente independentes; e, por outro lado, só podem obter um equilibrado exercício de sua autonomia privada se, como cidadãos, fazem um adequado uso de sua autonomia pública. Por isso os direitos fundamentais de liberdade e os direitos políticos são indivisíveis” (Habermas, 2000:195). Para uma crítica dessa interligação entre direitos fundamentais e democracia,

políticas públicas são construções complexas, nesse novo cenário o cidadão não pode ser visto tão somente como um cliente assistido de um Estado paternalista, mas a própria construção dessas políticas, enquanto materialização dos direitos sociais, exige uma relegitimação através da construção democrática. Isso porque há uma tendência de os órgãos públicos encarregados de promoção dessas políticas sociais se insularem enquanto especialistas, distanciando-se da legitimação democrática, e criando uma crise de legitimidade a luz do paradigma do Estado de Direito. Essa crítica é sintetizada por Habermas¹⁹⁷:

[A] partir do momento em que as medidas se tornam contingentes, manifesta-se o desenraizamento do direito regulativo, o qual se afasta cada vez mais do terreno da normatização legítima. [...] As instâncias estatais que instrumentalizam direitos para realizar fins coletivos tornam-se autônomas, entrando numa parceria com seus clientes mais poderosos e formando uma administração de bens coletivos, sem subordinar a escolha dos fins ao projeto de realização de direitos inalienáveis.

Isso porque a administração é incumbida da função de regulação política em sentido amplo ela se submete a um elevado grau de complexidade e dependência de situações imprevisíveis, que não podem ser plenamente regulada *a priori*, que se refletem numa nova modalidade de legislação, marcada por cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, gerando uma verdadeira “indeterminação do direito”. Nesse contexto, há uma tendência tecnocrática de os especialistas da Administração definirem o bom e o mal, sem os procedimentos necessários para uma construção comunicacional legítima¹⁹⁸.

Segundo Habermas, esses indícios de crise do paradigma do Estado de Direito, aguçado na perspectiva social, em verdade reclama uma adequada institucionalização dos princípios do Estado de Direito, especialmente uma nova institucionalização do princípio da separação de poderes¹⁹⁹. Isso pressupõe a institucionalização de formas procedimentais de participação discursiva na formação das políticas públicas. Tais considerações possuem relação direta com a atividade policial, na medida em que esta deve estar aberta à prestação de contas de seus atos à sociedade civil e a canais públicos institucionalizados para dar forma a esse discurso

defendendo que há momentos de tensão entre ambos a ser solucionada pela ponderação, e não pela redução artificial de um ao outro, v. Alexy, 2009. Ver ainda resenha e críticas em Forst, 2009.

¹⁹⁷ Habermas, 1997(v. 2):172-173.

¹⁹⁸ Habermas, 1997(v. 2):180.

¹⁹⁹ Habermas, 1997(v. 2):182.

de controle. Assim, questões como governança policial e *accountability* também são essenciais ao conceito de Estado de Direito, enquanto mecanismo de poder necessariamente democrático.

Portanto, no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito, deve-se criar um novo “conceito” de policiamento eficiente e legítimo, que deve ser interiorizado tanto pelo público quanto pelos policiais, um conceito que albergue não apenas a eficiência da atuação policial, mas também o respeito à legalidade e a proteção aos direitos fundamentais envolvidos na atividade policial (já que a obediência estrita às regras de legalidade é o pressuposto de legitimidade da ação policial), bem como uma política de segurança pública que esteja aberta à formação democrática por meio de canais especialmente arquitetados para facilitar essa construção discursiva²⁰⁰.

Agora, analisemos um pouco mais de perto essa perspectiva complexa da segurança pública.

2.1.4 A segurança pública como um valor constitucional complexo

Após essa visão panorâmica das diversas visões sobre o conceito de segurança pública compre analisar: o que significa efetivamente estar em segurança? Seria este um direito apenas individual ou apenas coletivo? É possível cindir o conceito de segurança pública da segurança contra os eventuais abusos do Estado?

Um dos autores contemporâneos que melhor se debruçou sobre a análise do conceito de segurança foi Waldron. Analisemos suas ideias.

Segundo Waldron, tanto o conceito hobbesiano quanto o tradicional conceito liberal de segurança focam-se especialmente na proteção individual contra agressões físicas e a proteção ao patrimônio. É possível afirmar que o aspecto físico de proteção seja um dos mais relevantes do conceito de segurança. Todavia, em sua formulação mais completa, ele não pode ser dissociado de outros aspectos mais elaborados de proteção de outros riscos. É possível, portanto, distinguir um conceito estrito de segurança (a vida e a integridade física) e um conceito mais amplo de segurança pública (a proteção contra os riscos à fruição dos direitos). Nessa

²⁰⁰ Aprofundaremos adiante o tema da *accountability* policial, na subseção 2.4.1.

segunda perspectiva, a segurança envolve necessariamente a liberdade de poder efetivamente usufruir determinados direitos básicos e portanto está ligada à manutenção da ordem pública, que por definição é um conceito que não pode ser fracionado individualmente mas deve ser usufruído pela coletividade. A doutrina tem reconhecido esse aspecto da segurança pública como um bem jurídico supra individual²⁰¹. Este último aspecto é chamado por Frankenberg como sendo a segurança cognitiva, relativo à estabilidade das expectativas quanto à possibilidade de fruição dos direitos²⁰². Assim, os aspectos de segurança são ao mesmo tempo individuais e coletivos: para se proteger um indivíduo é necessário proteger o ambiente social no qual este está inserido.

Todavia, há conexões internas entre os conceitos de segurança e liberdade, pois a verdadeira segurança pressupõe um espaço mínimo de liberdade que permita a fruição de direitos e, portanto, quando se fala de ponderações entre liberdade e segurança não se pode perder de vista que uma redução drástica de determinadas liberdades supostamente em função do fortalecimento do conceito de segurança também acabam por enfraquecer a própria segurança em uma perspectiva mais ampla²⁰³.

Waldron propõe a divisão do conceito de segurança em duas análises, em largura (aspectos individuais da segurança) e em profundidade (aspectos coletivos da segurança). No aspecto individual de segurança, Waldron argumenta que devem ser incluídos não apenas os aspectos estritos de proteção à vida, integridade física e patrimônio, mas também a proteção das perspectivas de desenvolvimento das potencialidades humanas, como a perspectiva de ter a possibilidade de seguir uma carreira, constituir família, ter formação educacional e profissional *etc.* Assim, segurança não é apenas a mera proteção, mas a efetiva possibilidade de fruição de determinados bens jurídicos, entre eles as diversas modalidades de liberdade. Isso porque a segurança é um bem de valor adjetivo, ela não existe como um fim em si mesma, mas como um pressuposto necessário para a fruição de outros bens jurídicos.

²⁰¹ Valente, 2009b:97.

²⁰² Frankenberg, 2006:374.

²⁰³ Waldron, 2010:119. Em verdade, Waldron procura separar os conceitos de *security* e *safety*, afirmando que a segurança (*security*) é muito mais que a mera proteção (*safety*) do indivíduo contra ataques à sua vida, integridade e bens. Assim, a *safety* seria o núcleo essencial da *security*, mas esta também teria outros aspectos cuja fruição seriam necessariamente coletivos. Em sentido semelhante, Thomas, 2009:357, relembra que o Conselho Constitucional Francês distingue entre o direito à *sûreté* e à *sécurité*. Ver discussão adiante.

Sendo, portanto, a segurança um bem adjetivo, não seria perfeitamente correto falar-se em um sacrifício gigante da liberdade para obtenção de uma segurança enorme, se essa segurança acabar por não permitir a efetiva fruição da liberdade que ela visava permitir a fruição²⁰⁴. Além da perspectiva adjetiva, a segurança também pode ser vista como um bem em si mesmo, já que muitas pessoas buscam a proteção de sua vida, integridade e bens sem necessariamente avaliar as possibilidades efetivas de usufruírem com qualidade tais bens²⁰⁵.

Segundo Waldron, o aspecto subjetivo da sensação de segurança também é um aspecto relevante do conceito de segurança. Ou, ao inverso, uma forte sensação de insegurança, ainda que dissociada das reais probabilidades de ocorrência de um determinado evento negativo, é em si um fator relevante para a insegurança; também não se pode dizer que uma ficção de segurança seja efetivamente segurança²⁰⁶. Obviamente, a sensação subjetiva de insegurança não pode justificar isoladamente medidas restritivas de direitos de outras pessoas para finalidades puramente simbólicas, mas esse sentimento coletivo de insegurança também não pode simplesmente ser negligenciado pelo Estado em sua função de promover a segurança²⁰⁷. Essa noção subjetiva de segurança também é acolhida por Cusson e Dupont como sendo integrando no conceito de segurança pública²⁰⁸.

²⁰⁴ “Ainda que se reconheça que a segurança é uma condição necessária para a fruição dos direitos, isso não acarreta a consequência necessária de que a segurança deveria ter prioridade absoluta. [...] há algo de perverso em dar prioridade absoluta à segurança em relação aos direitos, se a segurança é valorada como meio para a fruição dos direitos. [...] Devemos encontrar algum balanceamento entre as condições para assegurar um valor e uma fruição (talvez às vezes precária) do valor em si mesmo”. Waldron, 2010:129-130.

²⁰⁵ Ver fundamentação de Waldron, 2010:130: “as pessoas também avaliam a segurança e sua sobrevivência física em si mesma, e eles lutarão para preservar suas vidas mesmo que já tenha se tornado evidente que para elas uma vida de fruição e autonomia já não está mais disponível”. Parece-nos que o argumento de Waldron poderia ser assim ilustrado: uma pessoa que está doente com câncer em estado terminal ainda tem o direito à segurança de sua vida e integridade, mesmo que a possibilidade de fruir a integralidade de tais bens esteja concretamente comprometida. Essa análise confronta proteção imediata com a possibilidade de fruição futura.

²⁰⁶ Nesse sentido, Alcácer Guirao, 2004:284, afirma que “em um Estado democrático, no qual a relação entre a sociedade e os poderes públicos deve ser consensual e transparente, e não fundada na criação estratégica de ficções de segurança, o fim de assegurar expectativas apenas deve ser realizado se o direito penal protege efetivamente bens jurídicos”. Sobre a relação (positiva e negativa) entre medo do crime e a formação da política criminal, ver G.C. Câmara, 2008:223-261.

²⁰⁷ Waldron, 2010:123-6.

²⁰⁸ Cusson e Dupont, 2007:30, indicam três elementos do conceito de “segurança interna”: (a) ausência de riscos reais (segurança objetiva); (b) manutenção de um estado de espírito de confiança de que uma pessoa crê estar protegida de perigos (segurança subjetiva); e (c) ausência de estados de beligerância (paz civil). Tais autores afirmam que a segurança subjetiva é uma forma de “liberdade contra a opressão do medo” (*loc. cit.*). A manutenção da paz civil consiste na segurança de saber que, em caso de conflitos, haverá uma autoridade a quem recorrer para restabelecer a ordem. Portanto, as três dimensões são sintetizadas em proteger, tranquilizar e pacificar.

O conceito de segurança também envolve uma atividade constante do Estado de assegurar a proteção de bens relevantes para a vida em sociedade. Não é suficiente que hoje as pessoas estejam seguras, é necessário que haja confiança das pessoas em que o Estado irá continuar a responsabilizar-se pelos eventuais riscos futuros aos interesses das pessoas para que se transmita a sensação de segurança necessária às pessoas continuarem suas vidas com efetiva segurança²⁰⁹. É essa necessidade de continuidade da prestação da segurança pelo Estado que justifica a criação dos corpos policiais enquanto instituições também contínuas de prestação do serviço público de segurança²¹⁰, e dos órgãos de justiça criminal, enquanto órgãos perenes do Estado.

Na perspectiva coletiva, Waldron argumenta que a atividade de assegurar a segurança também pode e deve ser perspectivada como uma proteção não apenas a uma pessoa, mas a uma coletividade como um todo. A proteção à coletividade coloca o problema da forma de distribuição da segurança, não apenas como um problema de política de distribuição da segurança, mas como um problema do próprio conceito do que é a segurança em uma sociedade democrática. No Estado de Direito, toda a distribuição dos serviços públicos deve ser feita necessariamente de forma igualitária não apenas para alguns ou para a maioria, mas necessariamente para todos. Nessa perspectiva, uma sociedade está segura não apenas se alguns ou mesmo a maioria de seus membros está segura, mas apenas se a segurança for um valor que estiver ao alcance de todos. Assim, Waldron rejeita uma perspectiva utilitarista da segurança pública como sendo apenas a maximização da segurança do maior número de pessoas, pois o conceito de segurança pública necessariamente envolve outros valores mais complexos como o respeito aos direitos humanos e a necessidade de a segurança ser justa (igualmente partilhada)²¹¹.

²⁰⁹ Nesse sentido, afirma Bentham: “quando a insegurança atinge determinado nível, o medo de perder impede-nos de usufruir aquilo que já possuímos. Os cuidados com a manutenção condenam-nos a milhares de precauções tristes e dolorosas, as quais ainda estão sujeitas a não serem efetivas”. Bentham, 1840:142 (PCC, parte I, cap. X, § 3), trad. nossa. Um conceito cuja efetividade deve ser questionada no Brasil, em que a maioria da população possui muito medo de ser vítima de crimes violentos; segundo pesquisa (IPEA, 2012), 62,3% dos brasileiros têm muito medo de serem vítimas de assalto à mão armada e 62,4% têm muito medo de serem vítimas de homicídio. Em sentido semelhante, Mouhanna, 2011:18, defende que o critério para se aferir a eficiência de uma força policial não deve ser o aumento ou diminuição das taxas de prisões ou de comunicações de crimes, mas o acréscimo da confiança da população na atuação policial.

²¹⁰ Valente, 2009b:98.

²¹¹ Afirma Waldron, 2010:139: “ainda que a segurança seja uma questão premente de vida ou morte desde a perspectiva do indivíduo, esse indivíduo deve reconhecer que há limites sobre aquilo que ele pode esperar do Estado para realizar sua segurança”.

Waldron argumenta que a segurança não é, em sentido econômico, um bem público, no sentido de que necessariamente ela é fruída pelos cidadãos de forma idêntica, pois é possível (ainda que não seja desejável) que o Estado proporcione maior segurança a um grupo de pessoas do que a outro grupo de pessoas. Assim, colocam-se problemas sobre a forma de distribuição da segurança entre os cidadãos e esses problemas estão no núcleo da própria legitimidade da segurança proporcionada pelo Estado de Direito. Em tese é possível vislumbrar situações em que a segurança de uma pessoa (ou um pequeno grupo de pessoas) seja diminuída em favor do alegado incremento da segurança de um grande número de pessoas. Todavia, Waldron defende que há uma diminuição da legitimidade da própria segurança pública quando em determinadas ações do Estado se promove a segurança de alguns mediante a diminuição substancial da segurança de outros, como a exposição de determinadas minorias a intervenções policiais mais intensas, mais arriscadas e potencialmente mais letais²¹². Assim, Waldron conclui que a segurança pública é um direito fundamental, sua promoção de forma eficiente é essencial à própria legitimidade do Estado e tal atividade deve ser dirigida à proteção de todas as pessoas, inclusive das pessoas suspeitas de crimes e eventualmente sujeitas à atividade de investigação do Estado. Nessa perspectiva coletiva de segurança, a proteção deve ser dirigida a todas as pessoas, não apenas a um grupo, ainda que majoritário²¹³.

Todavia, ainda que se reconheça a possibilidade da cisão da fruição do bem segurança pública, Waldron reconhece que existem aspectos da segurança que serão

²¹² Sobre a necessidade de considerar os efeitos negativos do próprio Estado em promover insegurança na avaliação do conceito final de segurança pública, ver: “Devemos considerar os efeitos positivos de algo que se chama a si mesmo de um governo sobre a proteção dos indivíduos em seu território e balanceá-los contra os efeitos negativos dessa mesma entidade sobre a proteção dos indivíduos em seu território. Alguns indivíduos serão afetados de uma forma, alguns da outra forma e ainda alguns de ambas as formas. Apenas se considerarmos todos esses efeitos nós estaremos em posição de falar sobre a contribuição do governo para a segurança geral das pessoas no território sob seu controle. [...] A legitimidade deve ser alcançada e eu suspeito que uma dimensão importante em que ela é alcançada é em relação ao padrão de impacto das ações de um regime sobre as pessoas sujeitas ao seu poder”. Waldron, 2010:148.

²¹³ “Nenhum governo é legítimo se ele não promover segurança, e nós podemos dizer que a palavra ‘segurança’ abrange o nível de influência que pressupõe-se que um governo tenha na proteção das pessoas, essencial a um conceito elementar de legitimidade. [...] um regime é ilegítimo se há alguma pessoa ou classe de pessoas que estariam melhores sem o governo (enquanto sua segurança pessoal está em consideração), sem relação com os possíveis efeitos positivos que possam haver na segurança de outras pessoas”. Waldron, 2010:149. Essa perspectiva de Waldron está ligada à análise do problema de um grupo majoritário impor medidas restritivas de direitos fundamentais a um grupo minoritário, que, no caso, parecem ser os americanos descendentes de árabes e outras minorias que suportariam de forma mais gravosa as medidas restritivas de direitos fundamentais. Mas o mesmo problema se coloca em sociedades mais complexas em que não se pode identificar claramente grupos majoritários ou minoritários. Nesse sentido, Wolff *et al.*, 2006:429, relembra que dentro do conceito de “interesse público” podem conviver diferentes e antagônicas espécies de “interesses de grupos”.

necessariamente fruídos de forma coletiva, relativos à segurança para as relações sociais como um todo. Esse aspecto coletivo da segurança abrange a expectativa de não ser vítima no futuro da mesma violência que um indivíduo foi vítima hoje, representando assim um prognóstico de estabilidade na proteção²¹⁴. A segurança do conjunto também possui importantes repercussões nas relações econômicas e sociais estabelecidas em uma sociedade, já que manutenção da ordem pública é um pré-requisito para a interação em lugares públicos e a difusão de um estado de medo generalizado afetaria seriamente as relações econômicas e o próprio modo de vida de uma sociedade²¹⁵. Assim, também há uma perspectiva da segurança que é usufruída em termos comunais, pois nessa perspectiva apenas pode ser usufruída por todos em conjunto como forma de confianças recíprocas na estabilidade de suas próprias relações. Afirma Waldron: “A segurança é algo que nós provemos uns aos outros ao usufruir em conjunto a ordem social de atividades e interações que definem nossa forma de vida e ao agir em solidariedade um com o outro para assegurar que os benefícios desse sistema estarão disponíveis a todos”²¹⁶. A forma mais ordinária de promover a segurança pública nessa perspectiva é através da atividade ordinária de policiamento ostensivo e mediante a disponibilização genérica de um serviço organizado de investigação criminal. Por serem bens colocados à disponibilidade de toda a coletividade de forma não exclusiva, pode-se concluir que, nessa perspectiva, a segurança é um bem público, pois nessa perspectiva a segurança é não-competitiva (a fruição da segurança por uma pessoa não diminuí a possibilidade de fruição da segurança por outra pessoa) e é não-excludente (não é possível fracionar a fruição da segurança, se ela é disponibilizada a um membro da sociedade, então ela é necessariamente disponibilizada para todos os demais membros da sociedade)²¹⁷.

²¹⁴ Conferir: “Dado que cada um de nós considera nossa segurança não apenas no presente momento, mas também como uma projeção para o futuro, devemos ficar preocupados com aquilo que ocorre aos outros como uma prefiguração daquilo que pode eventualmente ocorrer a nós mesmos. Isso é uma questão de ansiedade e de confiança. Se algo ocorre para uma outra pessoa, X, que diminuí a sua segurança (talvez com a finalidade de incrementar a minha segurança no momento t_1), eu não posso necessariamente separar, da minha sensação de segurança em t_1 , o receio de que aquilo que ocorreu a X (para o meu bem) em t_1 possa também ocorrer a mim mesmo para o interesse de outras pessoas em um momento t_2 ”. Waldron, 2010:152.

²¹⁵ Waldron, 2010:156, chega a comparar a ruptura do modo de vida de uma comunidade em função do advento de uma grave insegurança social às formas de ruptura cultural experimentadas por comunidades indígenas: há uma alteração substancial na forma de ver a vida e manter as relações sociais. Ele mesmo reconhece como um pouco exagerada e não exatamente coincidente a comparação, mas o ponto é que a forma de vida em sociedade também depende da manutenção de um padrão mínimo de segurança pública.

²¹⁶ Waldron, 2010:158.

²¹⁷ Waldron, 2010:140 e 172.

Obviamente, essa perspectiva da atividade policial como um serviço público destinado a incrementar o bem público segurança é a perspectiva ideal. O próprio Waldron não negligencia que, em muitas situações, a própria atividade policial acaba por ser um fator gerador de insegurança e discriminações quando desvia de seu papel constitucional. Conferir²¹⁸:

Eu reconheço que este é um retrato ‘cor de rosa’ da atividade de policiamento na maioria dos países. Normalmente a Polícia é parte do problema e com frequência a perspectiva da segurança como bem público é diminuída ou atenuada quando certos bairros são negligenciados e certas classes ou indivíduos se tornam mais vulneráveis (ao invés de menos vulneráveis) como um resultado da atividade de policiamento.

Assim, existe uma perspectiva individual da segurança, que é usufruída pelo indivíduo quanto à proteção de sua vida, integridade física e bens, bem como existe uma perspectiva coletiva da segurança como proteção da estabilidade das condições necessárias à vida pública do indivíduo. Em outras palavras, não basta assegurar que um indivíduo apenas sobreviva aterrorizado trancado em um quarto, mas ele deve ser livre do medo para poder desenvolver suas relações sociais, familiares e explorar seu potencial de desenvolvimento como ser humano, assim como os demais indivíduos também devem ser seguros para interagirem com ele.

Há uma estrutura complexa no conceito de segurança, um referencial individual que não pode ser abdicado, e uma componente coletiva, que a um tempo exige que seja equitativamente distribuída (não se admite o sacrifício da segurança de alguns para o incremento da segurança da maioria) e que necessariamente exige que todas as demais pessoas tenham um incremento em sua segurança como forma assegurar a minha própria segurança a ter relações sociais estáveis.

2.1.5 A crise de legitimidade decorrente da arbitrariedade policial

Dessa análise é possível extrair um aspecto relevante para o conceito de segurança pública: não se pode separar a proteção contra os arbítrios estatais do próprio conceito de segurança. Essa perspectiva é especialmente importante, pois é reiterado o argumento de que certa “violência” pelo Estado é inevitável e deve ser mesmo tolerada, como um “mal necessário”

²¹⁸ Waldron, 2010:172.

para a promoção da segurança pública, que alguma “pequena” arbitrariedade para com os “bandidos” deve ser tolerada em favor da segurança dos “cidadãos de bem”²¹⁹.

Tais considerações se concretizam em três vertentes distintas: (1) a regulamentação legal atividade policial não deve ter em vista apenas a eficiência da atividade policial, mas especialmente o fechamento das possíveis portas de arbitrariedades no exercício da atividade policial; (2) o desvio policial da pauta normativa não pode ser tolerado, pois os desvios de eficiência causam, eles mesmos, mais insegurança pública; (3) para se legitimar, as políticas públicas de segurança devem estar abertas à efetiva participação democrática.

No plano normativo, quando se fala em mais restrição de liberdades ou em relativização de garantias como forma de realização da segurança, não se pode perder de vista nessa complexa equação que se tais relativizações impuserem um sistema potencialmente violador de direitos fundamentais, no fundo não se estará aumentando a segurança, mas em verdade diminuindo-a²²⁰.

Quando a segurança pública é alcançada mediante a tentação de se institucionalizar a violência no Estado, corre-se o risco de perder de vista o valor que efetivamente se persegue. Como é possível suprimir a violência privada substituindo-a pela violência pública? Ao menos, quando ocorre a violência privada ainda há a esperança de se chamar a Polícia para resolver o problema, contudo quando ocorre a violência estatal a quem o cidadão irá recorrer? Uma pessoa que receia sofrer uma violência do estado está a sofrer de insegurança da mesma forma que uma pessoa que receia sofrer uma violência de um particular²²¹.

A questão fica especialmente mais complexa no âmbito da atividade de prevenção criminal, em que a restrição de direitos não está realizando totalmente o valor da

²¹⁹ Esse argumento é reiterado em diversas tendências securitárias e normalmente quando ocorreu um caso específico de abuso de autoridade ele é utilizado para minimizar as suas consequências e procurar se abafar sua repercussão. Ver Armacost, 2004:468; Cheh, 1996:253; Cucchi, 2010:280.

²²⁰ Em sentido semelhante, Cusson e Dupont, 2007:34, afirmam que “em uma democracia, não há segurança sem justiça”, concluindo que uma atividade de segurança pública que se realiza mediante a realização de injustiças acaba por produzir mais injustiças. Também indicando que o aumento exagerado de poderes à Polícia acaba por diminuir o nível efetivo de fruição da segurança, pois acaba por descambar para regimes autoritários que se tornam eles mesmos um risco às liberdades, v. Valente, 2013:57.

²²¹ Na metáfora de Waldron, 2010:27, “uma pessoa que receia a tortura tem o receio da violência da mesma forma que uma pessoa que receia um ataque terrorista”. Em sentido semelhante, Wolff *et al.*, 2006:429, afirma que “os

segurança pública, apenas favorecendo um acréscimo na probabilidade de sua concretização (e aqui retorna-se ao problema das “probabilidades enganosas” a que referiu Humboldt, *supra*).

Ademais, sendo a segurança pública um valor complexo, com componentes individuais e coletivas, não é possível pretender incrementar a segurança de uma parte da sociedade mediante o acréscimo de restrições de direitos que, na prática, vão ser suportadas apenas por um determinado segmento da sociedade (normalmente os excluídos ou grupos minoritários). Além de se criar uma crise de legitimidade na atividade de segurança pública (distribuição desigual de ônus sociais), acaba-se por incrementar a insegurança em nível global, pois a menor segurança de um segmento da sociedade não pode deixar de contaminar também a segurança do outro segmento (que inicialmente se supôs mais seguro)²²². Essas considerações são especialmente fecundas quando se considera a distribuição desigual da “agressividade” da intervenção policial em áreas consideradas de alto risco (bairros pobres e desestruturados), da atuação de “Polícia Cidadã” em relação nas áreas onde residem os “cidadãos de bem”: a tolerância com práticas não condizentes com o paradigma do Estado de Direito na área desestruturada leva inevitavelmente à diminuição da segurança também na área estruturada, pois é inevitável que, em algum momento, um morador de uma área estruturada tenha algum contato com a realidade paralela do policiamento na região desestruturada, ou que um policial habituado a atuar na área desestruturada venha interagir de forma truculenta com o “cidadão de bem”. Há um fator corrosivo do valor da segurança pública para todo o corpo social (sem falar na ilegitimidade intrínseca de tamanho tratamento desigual)²²³.

Em momentos de tensão e de alta da criminalidade, há apelos populares por medidas mais duras de repressão. Ocorre que tais restrições normalmente não são suportadas de forma igualitária por todos os integrantes da sociedade, elas recaem preferencialmente sobre as comunidades minoritárias ou sobre dissidentes, o que possui graves consequências em termos de diminuição da legitimidade de tais minorias. Como argumenta Waldron, não basta acrescentar

verdadeiros interesses individuais e os verdadeiros interesses públicos especiais estão compreendidos nos verdadeiros interesses gerais, no seu conjunto”.

²²² Terestchenko, 2011:138, destacando que o interrogatório mediante coerção, que fora inicialmente idealizado para estrangeiros pelos Serviços Estrangeiros de Segurança do Reino Unido, todavia foi logo em seguida aplicado aos nacionais “suspeitos”.

²²³ Destacando que, apesar de usualmente apenas os pobres serem as vítimas da violência policial maciça, os integrantes da classe média no Rio de Janeiro também estão começando a experimentar a violência policial: Lyra *et al.*, 2004:10.

um argumento em favor da segurança dos “muitos” para justificar alguma restrição nos direitos dos “poucos”, pois há razões de justiça política que justificam a existência de proteções especiais a essas minorias²²⁴. Tais restrições relativas às garantias que são consideradas pontos chave do sistema podem, em verdade, corromper toda a legitimidade do sistema²²⁵.

A segurança pública não pode ser mensurada apenas como uma listagem dos benefícios individuais, mas é inerente à sua definição a avaliação da segurança nas conexões de relações interpessoais. Em outras palavras, as restrições à liberdade concedidas ao Estado para promoção da segurança apenas se justificam para maximizar a própria liberdade, vista não apenas como promoção de segurança individual, mas também como promoção de liberdade para as relações intersubjetivas necessárias à vida em sociedade. Não se trata apenas de liberdade para estar seguro dentro de casa, mas liberdade para interagir em sociedade, livre não apenas de agressões de outros particulares, mas também livre de agressões indevidas do próprio Estado e de intromissões indevidas do Estado numa esfera mínima de sua vida privada. Há, portanto, uma conexão íntima entre segurança e liberdade, na medida em que a segurança é um pressuposto da liberdade, mas também a liberdade está relacionada com o conceito de segurança, pois uma degradação séria do sistema de proteções da liberdade para promover a segurança significaria um novo fator de insegurança. Limitações ao próprio Estado em sua atividade de promover a proteção à liberdade também são necessárias à proteção da liberdade. E não se pode estabelecer de antemão uma prioridade da segurança sobre os direitos fundamentais tradicionais se não se vislumbrar que a atividade estatal de segurança pode ser ela mesma um risco aos direitos que se pretende proteger e, portanto, a atividade estatal de promover segurança também precisa de balizas claras.

Quando o Estado passa a ele mesmo praticar atos de violência como mortes, lesões, exposições a riscos de tiroteio, destruição de bens *etc.*, o Estado passa a ser ele mesmo uma fonte de insegurança. Não se pode argumentar que o Estado estaria, mediante tais ações, restringindo a liberdade de alguns para promover a segurança pública do coletivo, pois, mediante tais ações, o Estado também incute uma insegurança generalizada nas comunidades que sofrem

²²⁴ Waldron, 2010:36.

²²⁵ Usamos legitimidade aqui no sentido Weberiano, (Weber, 1991), de que toda autoridade para ser obedecida deve ser reconhecida como legítima, e a legitimidade em sociedades complexas se constrói pela legalidade. No âmbito

tais atos de violência estatal²²⁶. Conforme argumenta Waldron, tais agressões se assemelham muito mais a atos terroristas e criminosos do que outros riscos de mortes sofridas pelas pessoas (como doenças ou acidentes) e, portanto, também devem ser considerados como fatores de risco à segurança pública. Os respeito aos direitos fundamentais na atividade policial é um verdadeiro cadeado contra as arbitrariedades, sendo fator essencial para se “civilizar a segurança”²²⁷. A atividade policial não é apenas uma manutenção da ordem, a qualquer custo, mas deve ser vista como uma atividade de incremento da qualidade de vida das pessoas, de forma a promover a proteção da vida, integridade física e propriedade das pessoas, manter a ordem pública, reduzir o medo, e prover um ambiente seguro pela aplicação do Direito com respeito à dignidade humana²²⁸. Uma atividade de segurança pública realizada fora do paradigma de respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à abordagem policial seria ela mesma um fator de degeneração da segurança efetivamente usufruída por todos os cidadãos²²⁹. Mesmo quando o Estado procura institucionalizar violações graves de direitos fundamentais (como o eufemicamente denominado “interrogatório mediante coerção”), limitando-o a situações excepcionais e ainda tentando-se criar mecanismos de controle, ele acaba por tornar a violência estatal uma instituição social, que “degenera inevitavelmente em um política de massa, desenvolvendo-se como uma verdadeira gangrena que corrompe a sociedade inteira”²³⁰.

Ademais, quando policiais desviam da pauta de conduta normativa com a prática de atos de brutalidade policial e desrespeito ao cidadão abordado, eles criam uma imagem negativa na população sobre o exercício da atividade policial, o que mina a confiança da população na Polícia enquanto verdadeiro órgão de proteção, transformando-a em uma fonte potencial de atos de violência e insegurança social. Segundo Mouhanna, uma elevação desse

do Estado de Direito, o respeito aos direitos fundamentais é o mínimo de legitimidade. Especificamente indicando que a atuação seletiva e violenta da Polícia brasileira induz a uma “frágil democracia”, ver A. Oliveira, 2007:213.

²²⁶ Nesse sentido afirma Waldron, 2010:145: “agressões e torturas estão relacionadas diretamente com a questão da proteção contra a violência, assim como a morte e as agressões sofridas como danos colaterais, ou como resultado de assassinatos de alvos específicos ou de ações de incursão forçada” e conclui que essas são questões de segurança (proteção contra agressões) e não de liberdade. Bayley, 2006:225, afirma que a forma concreta como uma Polícia age e sua predisposição de prestar contas de seus atos influencia diretamente a legitimidade política de um Estado. Indicando o problema da insegurança (e verdadeiro pânico) de comunidades carentes do Rio de Janeiro em relação à violência policial, ver Lemgruber *et al.*, 2003:45.

²²⁷ Loader e Walker, 2007:223.

²²⁸ Fletcher, 2001:413.

²²⁹ Sobre a violência policial como fator de insegurança cidadã, ver L.A. Castro, 2005:245-249.

nível de violência policial cria uma verdadeira demonização da Polícia, em que as classes subalternas passam a associar o uniforme a “uma repressão cega praticada por seres sem piedade”²³¹. O desvio policial cria um déficit de legitimidade social da atividade policial²³². Por esse motivo é que a efetiva responsabilização dos eventuais desvios e a confiança popular nesses processos de responsabilização são essenciais à construção da legitimidade da atuação policial²³³. A percepção social da tolerância da instituição policial a fenômenos como corrupção ou uso excessivo da força gera uma perda de confiança da população na instituição policial que contamina de forma letal sua legitimidade²³⁴.

Segundo relatório da Comissão Mollen em Nova Iorque²³⁵, muitos líderes de comunidades afetadas pelo elevado índice de criminalidade tinham tanto receio dos criminosos quanto da atuação violenta e corrupta da própria Polícia. Essa percepção acaba por distorcer a visão da comunidade sobre a Polícia em geral: a má atuação de alguns poucos policiais contamina a credibilidade de toda a instituição. No Rio de Janeiro, em algumas favelas os moradores chegam a ter mais medo da Polícia que dos traficantes locais, pois ao menos esses últimos não praticam crimes na favela e sabem distinguir entre os moradores que praticam crimes e os que não os praticam, o que gera uma lealdade espúria da população com esses criminosos e

²³⁰ Terestchenko, 2011:106, o qual conclui (*loc. cit.*): “E este é o problema principal ao lado do qual passam os defensores contemporâneos ‘moderados’ da tortura, que gostariam de limitar o uso em situações de exceção, porém esquecendo as lições do passado”.

²³¹ Mouhanna, 2011:7.

²³² Valente, 2009b:126. Também destacando que a legitimidade sociológica da Polícia está condicionada à ética policial: G.M. Silva, 2001:20. Mais adiante, G.M. Silva, 2001:85, destaca: “a população está disposta a colaborar com uma polícia que lhe pareça claramente legítima, ou seja, uma polícia que respeite a legalidade, seja tecnicamente eficaz, cumpra os imperativos morais dominantes e seja eticamente responsável”. Genericamente sobre a importância da aceitação social do trabalho da Polícia, ver Bittner, 2003:273 *et seq*; Monet, 2006:276. De forma especial, ver lição de Muniz e Proença Jr., 2007a:237, sobre a necessidade de limites para a legitimidade da atuação policial: “Assim, não é no chamado ‘Estado Policial’ que se teria uma ‘era de ouro das polícias’. A rigor, o lugar de Polícia sequer existe em tal Estado, posto que ele se confunde com a própria governança, correspondendo a alguma forma de tirania. Em tal contexto, o consentimento social, o Império da Lei, ou ambos, não informam o uso de força. O apego a esta fantasia pode alimentar-se da crença de que, num “Estado Policial”, as soluções policiais deixariam de ser provisórias e finitas, passando a ser definitivas e completas, a ponto de promover uma sociedade quimérica, sem desordem ou crime. Edifica-se, desta forma, uma falsa nostalgia de que quando a Polícia pode tudo ela é uma Polícia melhor”.

²³³ Ransley *et al.*, 2007:144.

²³⁴ Analisando como a repercussão de casos de desvio policial grave mina a confiança do público na atividade policial: Chermak *et al.*, 2005; Prenzler, 2009:18; Hagen, 2006:234. Elencando diversos efeitos negativos decorrentes do não respeito de direitos humanos pelas forças policiais: Lasso, 2001:v. Hassemer, 1999:288, chama esse fenômeno de “perda da capacidade comunicativa” pela Polícia.

²³⁵ Mollen, 1994:4.

sua aversão à atuação policial²³⁶. Uma pesquisa do IPEA documentou em 2012 que mais da metade da população brasileira possui restrições de confiança à Polícia²³⁷. Essa oposição à Polícia dificulta a atuação dos demais policiais corretos, que necessitam da cooperação da comunidade para exercer diariamente seu arriscado trabalho. Sobre as consequências de dessa perda de legitimidade da atuação policial, afirmam Muniz e Proença Jr.²³⁸:

Quando uma Polícia desfruta de pouca credibilidade, seu papel indutor no controle social esmaeceu a tal ponto que suas soluções, quaisquer que sejam, são recebidas com desconfiança antecipada ou suspeita prévia. Estas soluções são percebidas como alheias aos termos presentes da pactuação social mais ampla, dissonantes em relação ao que seja considerado aceitável em seu conteúdo ou forma. Baixa credibilidade amplia e recrudesce os níveis de resistência à ação policial, comprometendo os efeitos indutores da Polícia em termos de resultados preventivos e dissuasórios, acabando por sobrelevar artificialmente as soluções repressivas diante de qualquer situação que ameace a paz social ou o cumprimento das leis. Neste contexto, motiva-se a disseminação de atitudes intolerantes, discriminatórias e provocativas dos indivíduos em relação à Polícia e da Polícia em relação ao público.

Quanto a população perde a crença na legitimidade na atuação policial, a instituição entra em crise. Um particular não irá chamar a Polícia para resolver um problema, seja por acreditar que há um risco de sofrer um novo ato de violência, seja por não acreditar que a Polícia efetivamente resolverá seu problema, gerando um déficit de eficiente da própria Polícia que precisa da colaboração do público²³⁹. Nessa situação, passa-se a fortalecer formas alternativas de controle social e de resolução de conflitos à margem da lei, gerando uma crise do próprio paradigma do Estado de Direito.

A divisão das funções de elaborar o direito e aplicar o direito é tradicionalmente vista como um dos pilares da democracia – o princípio da separação de poderes. Quanto essas funções se confundem numa única pessoa, “o sistema jurídico se transforma em uma máquina

²³⁶ Lemgruber *et al.*, 2003:47.

²³⁷ IPEA, 2012:6. Segundo a pesquisa, 6,2% dos brasileiros confiam muito na Polícia Militar, 31,3% confiam, 40,6% confiam pouco e 21,4% não confiam na Polícia; portanto, 62% dos brasileiros estão abaixo do ideal de confiança na Polícia. Esse percentual de (des)confiança é muito parecido em relação à Polícia, sendo todavia mais positivo em relação à Polícia Federal, onde apenas 45,9% dos brasileiros estão abaixo do nível ideal de confiança nessa organização policial. Ainda assim, referida pesquisa apresenta uma leve melhora dos dados quando comparada com a anterior pesquisa realizada em 2010.

²³⁸ Muniz e Proença Jr., 2007a:243.

²³⁹ Sobre a relevância da colaboração do público com a Polícia, ver Pastore, 1997. Destacando a crise de legitimidade decorrente da violência policial: M.S.G. Porto, 2001.

letal”²⁴⁰. Essa mesma letalidade se faz presente quando o policial arvora para si o direito de se definir em situação de estado de necessidade em favor da “eliminação da delinquência” e, portanto, em criar bolsas de exceção à legalidade em nome da eficiência. A separação entre o crime e a pena por um espaço de legalidade procedimental é essencial à legitimidade da função punitiva do Estado. Quando a Polícia se apropria de um direito de punir o infrator (pelo uso excessivo da força, fora do estritamente necessário para assegurar o cumprimento de uma diligência) há uma crise de legitimidade na atuação estatal, pois seus agentes passa a agir fora do mandado autorizador recebido da sociedade, em nome de uma “razão de Estado” volátil e imprecisa que corrói a própria justificativa da existência do Estado: a defesa dos direitos fundamentais, tendo em seu nível mais sensível a defesa da liberdade corporal, a proibição de brutalização do corpo do abordado²⁴¹. Em outras palavras, um Estado democrático que tolera a violência policial, numa prática institucional que admite tratamentos desumanos ou degradantes pelas forças de segurança pública, é um Estado que nega os princípios sobre os quais foi fundado, que se nega enquanto Estado de Direito, ou seja, uma instituição que mediatiza as relações entre os homens no âmbito simbólico da Lei.

A corrupção e violência policial acabam por denegrir também a imagem de todo o Sistema de Justiça Criminal. A Polícia é a porta de entrada da justiça criminal, é a “ponta da lança” do Estado, a parte mais visível e sensível da atuação estatal no controle do crime. Se a imagem da Polícia é contaminada pela corrupção e brutalidade, toda a credibilidade da Justiça Criminal fica inevitavelmente comprometida. Quando a violência policial contra as classes excluídas atinge níveis de tolerância institucional, essa prática se torna o próprio padrão não juridicamente programado mas faticamente aceito de punição pública, que mina a própria legitimidade do discurso jurídico-penal²⁴².

Se a população não tem confiança na Polícia, irá confiar em quem? Uma crise de legitimidade na atuação policial potencialmente fomenta o desenvolvimento de sistemas

²⁴⁰ Agamben, 2004:131.

²⁴¹ Segundo Terestchenko, 2011:137, a proibição de o Estado “tocar” no corpo do cidadão, esse entendido como a identidade psicofisiológica da pessoa, é um fundamento simbólico da existência do Estado, que é destruído com a violência policial (de que o interrogatório mediante coerção é uma expressão).

²⁴² Zaffaroni, 1991; V.R.P. Andrade, 2003; Baratta, 2002; Gómez Colomer, 2004:94. Segundo L.A. Castro, 2005:128-132 quando a violência policial é institucionalizada e sistematicamente não punida, ela se torna um padrão de “sistema penal subterrâneo” que mina a legitimidade do “sistema penal aparente”. Carrabine *et al.*,

paralelos de justiça criminal, como grupos de extermínio (civis) ou a assunção pelo crime organizado do vácuo de manutenção da ordem nas comunidades com elevados índices de criminalidade²⁴³.

A arbitrariedade policial ameaça não apenas o presente de uma sociedade, mas também seu futuro, pois cria um círculo vicioso de violência. Segundo Errol Mendes, esse círculo vicioso normalmente se inicia com graves desigualdades sociais e uma sociedade civil fraca ou inexistente; as elites se aproveitam dessa circunstância para instalar formas de controle social violento pela Polícia, combinados com corrupção estatal, normalmente acompanhados de mortes e violência extra-judicial; com as elites e a mídia criminalizando setores inteiros da população, a comunidade não se envolve no controle da atividade policial, o que reforça um círculo de violência estatal, violações de direitos humanos e impunidade endêmica²⁴⁴.

Segundo conclusão da Comissão da Humans Rigths Wacht, os custos do desvio policial são monumentais: (a) milhões de dólares gastos com indenizações (nos EUA) às vítimas de abusos policiais; (b) a corrupção da integridade policial e do ideal de servir ao público; e (c) a corrosão da confiança do público na ação da Polícia, que acaba criando uma cisão entre a comunidade e a Polícia²⁴⁵.

O problema do desvio policial está intimamente ligado à própria tolerância pela sociedade de algumas formas de desvio policial (de que o linchamento social seria a manifestação mais palpável de adesão a práticas de violência). Como já dizia Aristóteles, “as melhores leis, sancionadas por cada cidadão da Cidade, serão completamente inúteis se os cidadãos não forem educados pelo hábito e pela educação no espírito da constituição, [sejam educados] democraticamente quando as leis forem democráticas”²⁴⁶. Assim, a defesa dos direitos fundamentais como um valor democrático não pode ser feita que não de forma também democrática, com o respeito aos valores ligados ao Estado de Direito. Defender os direitos fundamentais de forma violenta significa aceitar a violência como forma de solução de conflitos, o que posteriormente terá efeitos nocivos na erosão daqueles mesmos valores fundamentais.

2009:352 acrescentam que denúncias de corrupção policial minam a credibilidade das condenações anteriormente realizadas pela Justiça, ante a dúvida sobre a lisura das provas por ela apresentadas.

²⁴³ Zipf, 1979:130.

²⁴⁴ E.P. Mendes, 1999.

²⁴⁵ Collins, 1998:1.

Significa admitir que determinados indivíduos possam ser validamente excluídos da necessidade de respeito aos seus direitos fundamentais, ou seja, podem ser desconsiderados ou excluídos do conceito de pessoa, o que é um esquema ideológico que implica a negação dos próprios fundamentos do Estado Democrático.

Outro problema da normalização da violência policial para os baixos estratos sociais, como técnica ordinária de afirmação da autoridade policial e de assegurar maior eficiência (expresso na normalização do slogan policial “bandido deve ser tratado como bandido”), além da própria ilegitimidade intrínseca à violência, é que as fronteiras entre os espaços sociais degradados e os espaços de civilização nem sempre são claros, de sorte que não raro as manifestações de violência transbordam as fronteiras dos “redutos dos delinquentes”, atingindo os demais “cidadãos de bem” das áreas degradadas e mesmo os das áreas civilizadas²⁴⁷. Huggins relembra que durante a ditadura militar, muitos policiais que praticaram atos de violência, em determinado momento, passaram eles mesmos a serem vítimas da violência policial, já que, quando a violência se institucionaliza, ela perde o controle e pode virar-se contra os próprios detentores do poder²⁴⁸. Esse é um dos aspectos da impossibilidade de cisão do conceito de segurança pública (enquanto igual proteção dos riscos sociais).

A criação de válvulas de escape ao devido processo legal e aos limites de respeito aos direitos fundamentais acaba por criar um efeito tendente à metástase: o abuso da força e o excesso da intromissão, quando sua tolerância é institucionalizada, é algo que simplesmente não pode ser mantida sob controle racional e inevitavelmente irá degenerar o valor material da segurança fruída pelos cidadãos. Isso porque a tolerância à arbitrariedade policial cria “um estilo de ação política que é ele próprio criminoso”²⁴⁹. A violência policial nunca é verdadeiramente excepcional ou residual, ela se organiza em um sistema de ação repetível, pois “uma vez a exceção aceita, ela se torna o horizonte dos comportamentos reais”, com um efeito tendente à metástase²⁵⁰. Promover segurança pública com tolerância de arbitrariedades é na verdade promover mais insegurança pública e, portanto, perde-se o parâmetro de legitimidade da

²⁴⁶ Aristóteles, 2009:200 (*Política*, V, 9). Ver comentários em Denninger, 2001:450.

²⁴⁷ Indicando esse aspecto: Bittner, 2003:243. Indicando que os “interrogatórios mediante coerção” são não uma técnica para obter informações, mas sim uma técnica de dominação simbólica de grupos excluídos, intrinsecamente ilegítima ante o paradigma democrático: Terestchenko, 2011:114-118.

²⁴⁸ Huggins *et al.*, 2006:162.

²⁴⁹ Terestchenko, 2011:106.

atividade estatal, pois uma pessoa que possui o receio de sofrer atos de violência pelo Estado sofre de insegurança da mesma forma que uma pessoa receia sofrer atos de violência de terroristas ou outras pessoas²⁵¹. Como visto no capítulo anterior, não raro os atos de desvio policial progridem para atos cada vez mais bárbaros, pois seu esquema de racionalização implica na clandestinidade, o que impede qualquer método de controle racional, e quando tais práticas se disseminam elas criam uma verdadeira Polícia incontrolável.

A única forma de promover segurança para todos é assegurar que a atividade estatal de promoção de segurança pública irá limitar-se estritamente pelo respeito aos direitos fundamentais de todos, mesmo dos possíveis suspeitos de crimes graves. E essa segurança quanto à própria atividade estatal de promover segurança é construída, no paradigma do Estado de Direito, mediante vedação absoluta de maus tratos e tratamentos desumanos ou degradantes, pela estrita regulamentação legal, o respeito a requisitos de proporcionalidade e à construção de garantias processuais de controle e fiscalização²⁵². A segurança pública é um dever fundamental do Estado, mas deve ser prestado com a especial preocupação de vedação de arbitrariedades para todos os segmentos sociais. O controle da arbitrariedade policial é um conceito de justiça procedimental essencial ao Estado de Direito. Na síntese de Cusson e Dupont, “a eficiência dos profissionais de segurança passa pelo respeito à legalidade, à justiça e à equidade”²⁵³. A história das Polícias modernas é uma história de progressiva consolidação de *standards* de profissionalismo, que sejam aptos a conciliar eficiência com contenção de arbitrariedades e, portanto, da criação de mecanismos institucionais para se acompanhar, orientar, avaliar e controlar as Polícias²⁵⁴.

A tolerância a formas de desvio policial também possui o sério risco de corroer as bases de sustentação do próprio Estado democrático de Direito. A conversão do Estado democrático em um Estado totalitário pela erosão do nível de suas garantias fundamentais não é uma hipótese histórica, mas é algo efetivamente real. Infelizmente, na América Latina, há um histórico de ciclos de democracia e períodos de exceção, sendo a experiência democrática

²⁵⁰ Terestchenko, 2001:119.

²⁵¹ Metáfora em Waldron, 2010:27.

²⁵² Destacando que os novos riscos não podem degenerar o padrão de segurança contra o próprio Estado, ver Backes, 1989:93.

²⁵³ Cusson e Dupont, 2007:35.

²⁵⁴ Muniz e Proença Jr. 2007b:22.

brasileira um fenômeno ainda historicamente recente, cuja consolidação está num processo lento e espinhoso. No Brasil, ainda é uma história recente que o Estado se limite para respeitar os direitos dos cidadãos, ainda que este esteja em conflito com a lei. Sobre tais perigos, basta olhar para alguns vizinhos sul-americanos para ver como um país pode caminhar a passos largos em direção à ditadura, mediante a progressiva supressão de garantias constitucionais.

2.1.6 *O risco da expansão da atividade estatal de prevenção criminal*

Apesar da perspectiva social das interações entre indivíduo e Estado no âmbito das complicações decorrentes do advento das sociedades de massa, nas quais grande parte da existência do homem depende de interações sociais e da ingerência do Estado, a pessoa humana não deixou de ser o centro das preocupações do Estado, como indivíduo e como ser social. Aqui está, portanto, o grande desafio do Estado social: conciliar as garantias de proteção do indivíduo (liberdades negativas) com as necessidades de promoção de valores sociais (participação na vida política, cultural e econômica)²⁵⁵.

A questão que se coloca é se o Estado de Direito, com todos os seus limites, pode ser eficiente o suficiente para fazer frente às novas demandas sociais de proteção frente a novos riscos. Uma ineficiência sistêmica contaminaria a própria confiança das pessoas na necessidade de manutenção do Estado de Direito e seria um risco seriíssimo à sua manutenção – segundo Benda, esse risco seria em verdade maior que as próprias ameaças de grupos radiciais²⁵⁶.

Aqui surge o grande desafio do Estado de Direito nessa virada do milênio: ser eficiente contra a criminalidade sem perder os padrões clássicos do Estado de vedação de arbitrariedades²⁵⁷. A nova ordem de problemas a que o Estado tem sido submetido, como o

²⁵⁵ De forma geral sobre o Estado social, ver Benda, 2001:521 *et seq.* Na expressão de Hesse, 1998:176-177, de que adianta a liberdade de profissão para um desempregado? Assim, a liberdade de não ser tolhido para fazer algo se complementa com a liberdade de ter condições de realizar seu projeto pessoal.

²⁵⁶ Benda, 2001:512. Em sentido semelhante, reconduzindo a eficiência do sistema penal a uma forma de manifestação da justiça, mas tendo sempre como limite o respeito aos direitos fundamentais: Silva Sanchez, 2004:65.

²⁵⁷ Afirma Benda, 2001:512-36: “Não se deriva do Estado de Direito que, para que a liberdade esteja garantida, tenha o Estado de ser necessariamente débil. No combate à criminalidade, o Tribunal Constitucional há sublinhado continuamente a *necessidade de uma eficaz persecução penal e luta contra o crime*, assim como o respeito às regras do Estado de Direito, o que exige uma prática judicial operativa. A fim de cumprir tal mandato, o Estado deve dispor de instrumentos eficientes. Estes devem ser suficientes para que o Estado possa proteger a vida, a saúde e a liberdade de todos os cidadãos. A tarefa de garantir as liberdades é óbvia. A respeito deve-se pensar não apenas nos perpetradores de atos violentos, mas acima de tudo em suas vítimas potenciais. Nem o suspeito nem o

terrorismo transnacional, a criminalidade organizada e a segurança cidadã em áreas urbanas (um velho problema ainda não resolvido pelos países em desenvolvimento, mas que também atormenta os países ditos desenvolvidos), colocam em cheque a própria soberania do Estado e sua capacidade de ser minimamente eficiente em assegurar sua promessa de segurança e conter esses fenômenos sociais negativos.

Nesse cenário, o final do século XX começou a assistir uma mudança da postura do Estado perante o fenômeno criminal e, portanto, um problema de reenquadramento dos limites da ação do Estado na esfera de direitos dos indivíduos no âmbito da atividade de promoção da segurança pública. Denninger denomina esse novo paradigma de “Estado de Prevenção”²⁵⁸. Segundo Denninger, passou-se de um mero Estado de segurança legal, para um Estado de efetiva segurança de interesses legalmente protegidos como expressão de justiça social. Nessa nova tônica, a atividade de prevenção de riscos do Estado assume uma nova dimensão, expressando-se como uma manifestação do Estado Social, uma prestação de condições indispensáveis à sobrevivência do indivíduo sem a qual a justiça social não se realizaria plenamente. Enquanto no paradigma liberal a intervenção do Estado era apenas *a posteriori*, basicamente mediante a repressão de condutas já realizadas, com uma atividade de prevenção criminal limitada a fazer cessar uma agressão iminente, no novo paradigma do Estado Social as pessoas, ao invés de reivindicarem liberdade para não sofrerem intromissões indevidas do Estado, passam a exigir mais proteção do Estado contra agressões de terceiros e, para tanto, aceitam de antemão maiores restrições na sua liberdade individual como pré-requisito necessário para o Estado poder alcançar referida finalidade²⁵⁹. Ao invés do enfoque no direito à liberdade, acentua-se o direito fundamental à segurança, o que traz uma reviravolta no equilíbrio das tradicionais categorias jurídico-fundamentais relativas aos limites intrínsecos da eficiência da atividade de prevenção do Estado²⁶⁰. Esse fenômeno ocorre em paralelo à intensificação função do Direito de direção e organização social, em sua crescente atividade de administração de interesses públicos.

condenado ficam extramuros do Direito, pois sempre podem invocar sua defesa. Apenas quando se conciliam ambas as perspectivas dispomos de uma regulação que satisfaça os parâmetros do Estado de Direito”.

²⁵⁸ Denninger, 1989. Sobre a expansão da atividade policial de prevenção criminal na Europa, ver Monet, 2006:173-182; D.J. Smith, 2007:291-294.

²⁵⁹ Destacando que o alargamento da atividade de prevenção importa necessariamente novas medidas restritivas de direitos fundamentais, ver Grimm, 1989:23.

²⁶⁰ Denninger, 1989:29.

Também há uma mudança do foco da atividade de prevenção. Enquanto no Estado liberal, a pequena atividade de prevenção tinha como foco central a prevenção de perigos concretos para as pessoas, a nova prevenção dirige-se especialmente a riscos humanos e favorece instituições e sistemas²⁶¹.

Nessa toada, não basta assegurar proteção jurídica com a previsão de sanções contra a eventual agressão, é necessário assegurar diretamente que não ocorra a agressão, mediante uma política de precaução (prevenção de riscos)²⁶². Essa intensificação da perspectiva preventiva da ação Estatal erige o princípio da precaução como uma viga mestre da lógica do moderno Estado Social. Ele se manifesta em diversas instâncias, desde a prevenção de doenças, ao tratamento de materiais atômicos e outras atividades cuja prognose de riscos seja incerta ou cuja eventual ocorrência seja marcada pela elevada letalidade. Procura-se vislumbrar possíveis áreas de crise e antecipar soluções a possíveis problemas, numa atividade constante de prognose de riscos, não apenas de perigos concretos, mas também de riscos abstratos e hipotéticos²⁶³.

A intervenção alargada do Estado na área de prevenção necessariamente expande sua área de restrição de direitos, já que o perigo envolve o conceito de probabilidade (prognose de perigo) e há necessariamente mais situações de perigo hipotético do que situações de perigos que realmente se concretizam, o que significa uma penetração mais intrusiva no âmbito dos direitos fundamentais individuais²⁶⁴. Enquanto a ideia de prevenção visa afastar um perigo concreto, a ideia de precaução de riscos visa afastar meros perigos abstratos, ou seja, situações que em si mesmas não geram qualquer perigo (não há probabilidade de evoluir para danos), mas que se associadas a outras variáveis (não presentes) poderão evoluir para situações

²⁶¹ Grimm, 1989:19.

²⁶² Segundo Denninger, 1989:42, os deveres básicos do Estado de Prevenção são: provisão bens necessários à provisão da existência humana; provisão da segurança jurídica (mediante o ordenamento jurídico), neutralização de riscos e consequências negativas e manutenção da permanente possibilidade de revisão da atual ordem de distribuição de bens como instrumento de justiça social. Sobre a inevitabilidade de coordenação estatal dos interesses sociais e articulação desses diversos deveres, Denninger, 1989:43, conclui que “Tal deve ao menos coordenar os sistemas parciais de justiça social de distribuição (sistemas de benefícios sociais salariais, competição de mercado, provisão da existência, segurança social) com a regulação tecnológica e ecológica de riscos e com a segurança “clássica” e legal, e trazê-las para uma balança funcional”.

²⁶³ Grimm, 1989:14.

²⁶⁴ Grimm, 1989:14. Sobre o conceito de perigo na atividade policial, ver Sampaio, 2012:61-80; A.F. Sousa, 2009:85-111. Sobre técnicas policiais de prevenção de riscos situacionais, ver Rolim, 2006:104-148.

de perigo. A mera possibilidade de ocorrência de um dano extremamente grave já gera um risco a ser evitado²⁶⁵.

Essa perspectiva alargada cria áreas de exceção na qual se admitem erosões de princípios tradicionais em nome da eficiência. Criam-se duas velocidades paralelas de atuação do processo penal, uma velocidade lenta com garantias e penas severas e outra mais rápida que dispensa as garantias tradicionais em nome de uma dita pena menos severa²⁶⁶. Assim, o paradigma do (proposto) Estado de prevenção implica necessariamente num reenquadramento das relações entre indivíduo e Estado tal como herdadas do paradigma liberal tradicional, bem como põe em questão os próprios fins do Estado²⁶⁷. Segundo Homem, uma análise da sociologia histórica do Estado permite concluir que a dinâmica do Estado suscita o alargamento constante das necessidades que se consideram a seu cargo²⁶⁸.

Esse novo paradigma coloca em crise o próprio dogma da legalidade estrita vinculativa da atividade administrativa no tradicional paradigma liberal, em favor de uma crescente maleabilidade normativa de cariz principialista e incrementada pelo uso corrente de conceitos jurídicos indeterminados²⁶⁹. Também coloca em cheque os limites tradicionais da liberdade e suas restrições, potencializando um controle estatal proeminente, negligenciando

²⁶⁵ Sobre a inclusão da atividade de precaução de riscos graves no âmbito da atividade policial, ver Sampaio, 2012:69-75. Em sentido contrário, defendendo que perigos abstratos não configuram perigos policiais, ver A.F. Sousa, 2009:99-101. Parece-nos que a questão se resolve com a análise da gravidade do bem juridicamente protegido para se justificar a restrição de direitos com fundamento exclusivo no mero risco. Sobre a especial problemática da eleição do risco como bem jurídico penal, ver A.S. Dias, 2008b.

²⁶⁶ Silva Sanchez, 2002, fala em três velocidades para o direito penal: a primeira seria a do direito penal tradicional, lento e cheio de garantias, mas com a possibilidade de aplicar a pena de prisão. A segunda velocidade seria a de uma espécie de “direito penal administrativizado”, que é rápido, com menos garantias, mas também sem a possibilidade de aplicar a pena de prisão. E aponta (ainda que não endosse) uma terceira velocidade, que consistiria no chamado “direito penal do inimigo”, de Jakobs, a que nos referiremos mais adiante. Sobre as duas velocidades no direito administrativo (com uma “soft Law” e uma “hard Law”) ver Otero, 2003:909.

²⁶⁷ Esse problema dos fins do Estado é antigo. Segundo Jellinek, 1954:173, as teorias sobre os fins do Estado, quando não negam totalmente a existência de uma finalidade ao Estado (identificando-o como um fim em si mesmo), acabam atribuindo-lhe a finalidade de realizar os objetivos da humanidade, e esses objetivos concretos variam conforme as diferentes visões de mundo.

²⁶⁸ Homem, 2006:64.

²⁶⁹ Ver Otero, 2003:894. Segundo Otero, 2003:896, é inevitável a erosão da tradicional legalidade completa e fechada pelos seguintes motivos: (1) necessidade de conciliar princípios contraditórios, (2) pluralidade de possíveis afetados por uma decisão estatal (“legião” de contra-interessados) recomendando a ponderação dos respectivos interesses, (3) complexidade e tecnicidade de determinadas decisões que recomendam a delegação legislativa ao órgão técnico, (4) a imprevisibilidade da evolução histórica e política das necessidades sociais desaconselha a cristalização de normas fechadas, (5) a necessidade da reserva de um espaço de discricionariedade para assegurar a eficiência da Administração perante o caso concreto, de forma a salvaguardar os valores constitucionais em causa. Ver ainda Habermas, 1997(v. 2):173 *et seq.*

muitas das dinâmicas de auto-regulação social e seus arranjos situacionais, que envolvem uma grande variedade de atores e possibilidades, um dos quais é a Polícia e as instituições estatais de segurança pública²⁷⁰.

Um dos principais problemas do raciocínio argumentativo pautado pela lógica de prevenção é que as eventuais medidas restritivas de direitos fundamentais em favor da promoção da segurança pública não asseguram que com tal restrição a segurança absoluta será atingida, apenas propõem que um incremento no valor da segurança será alcançado. Assim, não se está discutindo o sacrifício de um direito como condição *sine qua non* para a fruição de outros direitos, mas apenas para um incremento na segurança da fruição de tais direitos, como um fator de redução de riscos de danos a bens jurídicos. O problema sobre o incremento da segurança é que, como pondera Waldron, a segurança é um ideal voraz, sempre é possível fazer algo a mais para incrementar a segurança à custa do sacrifício de algum direito e nem sempre está claro onde está o limite inultrapassável para a obtenção de segurança²⁷¹. Uma análise histórica confirma a tese de Waldron: segundo Delumeau, analisando a evolução do conceito de segurança na Europa medieval e moderna, toda elevação no nível de segurança acarreta uma necessidade social de segurança suplementar²⁷². Como pondera Habermas, não se pode descurar que quando a sociedade produz um excesso de riscos de segurança, há que se proteger os bens constitucionais ameaçados por essa demanda crescente de segurança²⁷³.

Em tese, é possível imaginar que a restrição de uma série de liberdades que hoje são desfrutadas possam, em tese, incrementar em algum nível o valor da segurança usufruída pelo coletivo. Imaginemos uma situação usual em prédios públicos ou empresas particulares de acesso

²⁷⁰ Muniz e Proença Jr., 2007a:247. Segundo Monet, 2006:183, o controle policial do crime organizado pode ser tornar “a face sombria da sociedade”.

²⁷¹ Waldron, 2010:180.

²⁷² Delumeau, 1998. Interessante observar que, segundo a tese de Delumeau, a atual conjuntura “multi-riscos” e sua demanda por segurança não são fenômenos totalmente recentes, pois na Idade Média havia uma demanda crescente de segurança ante o medo generalizado (ante a heresia, as pestes, as catástrofes naturais) e com o iluminismo, laicizou-se a demanda de segurança em relação aos corpos dos cidadãos, e se substituiu os rituais espirituais de proteção pelo novo “mito” da proteção policial integral. Ou seja, a ideia moderna de “segurança pública” é uma laicização do conceito de “proteção divina”. Obviamente, a atual sociedade do risco incorpora elementos diferenciados, mas há um paralelo possível na “eterna história” do controle pelo medo da insegurança. Para uma perspectiva atual do governo através medo do crime, ver Simon, 2007. Para uma reprodução do discurso policial securitário de correlação entre pecado original e crime, de redenção divina e ação policial, e de visão hostil dos direitos humanos como relativização entre o Bem e o Mal, ver Paixão *et al.*, 1992. Para uma evolução da ideia de “delitos de polícia” como expressão de uma intervenção securitária, v. A.S. Dias, 2008a:140 *et seq.*

²⁷³ Habermas, 1997(v. 2):177.

restrito: apenas podem ingressar nos prédios pessoas com prévia autorização, com um cartão de acesso limitado para dirigir-se apenas a determinados locais, com formulários de devolução obrigatória para controle do efetivo comparecimento ao alegado destino e com a possibilidade de ser submetido a conferências nos corredores para confirmar se está se dirigindo apenas aos locais pré-autorizados. Em muitos locais há ainda detectores de metais nas entradas e restrições quanto a objetos possíveis de serem portados. Nesses ambientes não há liberdade de acesso e, portanto, a segurança de acesso foi priorizada em relação à liberdade de locomoção. Todavia, trata-se de espaços não abertos ao público em geral. Transplantando o exemplo para o espaço social, não seria inimaginável (aliás, os filmes hollywoodianos podem auxiliar essa tarefa) que uma expansão desenfreada do valor segurança pudesse (apenas em tese, esperamos) conduzir a soluções análogas para a liberdade de locomoção em locais públicos e outros valores. Se o objetivo fosse o controle total da segurança em locais públicos, mesmo ao custo de sacrifícios substanciais da liberdade, poderíamos imaginar uma série de restrições à liberdade para se alcançar pequenos incrementos no valor da segurança, mas que, ao final, retirariam substancialmente (quase) toda a liberdade restante. Na síntese de Monet, “desde que se evade das estritas exigências e da ordem democrática e prospera à sombra da passividade e da frieza da consciência cívica dos cidadãos, o poder policial – como todo poder – ameaça voltar-se contra as liberdades que ele tinha comi missão proteger”²⁷⁴. Portanto, ainda é uma questão complexa esclarecer até onde podem legitimamente serem restringidos os direitos fundamentais para favorecer o incremento do valor segurança.

Por um lado o Estado não pode abrir mão de proteger o ser humano do século XXI das novas fontes de perigo para sua existência. Todas sabem que é necessário estabelecer limites ao Estado de prevenção, em nome de uma proteção mínima do espaço de realização da liberdade humana, ainda que esse limite importe em estabelecer espaços de ineficiência da proteção estatal. Mesmo os que defendem esse paradigma de Estado não pregam uma oferta ilimitada de segurança pelo Estado, ao custo de um virtual sacrifício ilimitado de direitos²⁷⁵.

²⁷⁴ Monet, 2006:335.

²⁷⁵ Destacando tais problemas, ver Denninger, 1989:41. Destaque-se, desde já, que uma efetiva atividade de prevenção criminal dentro do paradigma do Estado Social de Direito, necessariamente respeitante dos direitos fundamentais, não deveria ser vista apenas como um crescente escrutínio da vida privada ou progressivas restrições de direitos, mas também e especialmente, como uma associação produtiva da atividade policial (e de todo o sistema criminal) com o serviço de apoio psicossocial, mediante oferta efetiva de conduções de correção

Todavia os limites exatos dessa atividade de prevenção acabam não sendo dados de antemão e as fraturas de legitimidade são sérias²⁷⁶. Em última análise, a elevação da segurança (e não a liberdade) como valor primário encerra o sério risco de degradação do Estado de Direito em um Estado de exceção constante.

Conforme diagnóstico de Agamben, há uma perigosa tendência crescente de que o Estado estenda suas práticas de controle mediante a normalização de medidas excepcionais, concluindo que “provavelmente está se aproximando o momento em que todos os cidadãos serão ‘normalmente’ controlados pelo Estado do modo que antes se usava somente para criminosos, nas prisões”²⁷⁷.

Agamben analisa que, em suas origens, o Estado de sítio foi concebido como uma medida de exceção à legalidade ordinária para salvaguardar a própria legalidade, ou seja, uma exceção emergencial ao estado de normalidade como medida última para salvar a democracia e o Estado de Direito em momentos de crise, com um rápido retorno à normalidade. Todavia, os Estados Democráticos contemporâneos têm progressivamente incorporado medidas excepcionais de restrição de direitos sob a vestimenta não de Estado de exceção (Estado de sítio militar), mas de direito ordinário, e cujo alargamento acaba por deturpar a lógica do ordinário e excepcional, transformando o Estado de exceção em uma rotina de normalidade. Afirma Agamben: “a declaração de um Estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo”²⁷⁸. Assim, a obtenção da segurança (e não a proteção à liberdade) passa a ser a razão de ser essencial do Estado e a fonte de legitimação das constantes medidas de exceção que acabam se tornando ordinárias. O perigo dessa tendência é que práticas e discursos totalitários passam a impregnar governos democráticos mediante o alargamento de uma zona de indiferenciação entre poder soberano e arbitrário e poder constitucionalmente legal. Assim, as medidas de exceção passam a

“saúdavel” de desvios patológicos potencialmente geradores de situações de risco criminal. Destacando esse ponto, ver Grimm, 1989:20.

²⁷⁶ Em muitas situações, a dicotomia entre ações preventivas e repressivas escondem, na verdade, problemas estruturais mais profundos, como uma verdadeira dicotomia entre ordem imposta e ordem negociada, na qual a efetividade das ditas ações preventivas passa por um processo de negociação do próprio valor da ordem com a comunidade na qual ela será aplicada, gerando complicadas tensões entre legitimidade social, legalidade e controle de discricionariedades. Sobre a tensão entre prevenção e repressão de um lado e ordem imposta e ordem negociada de outro, ver Mauhanna, 2007:147.

²⁷⁷ Agamben, 2004:76.

²⁷⁸ Agamben, 2004:27.

ter fundamento legal e aparência de legalidade, criando o paradoxo de a legalidade admitir ordinariamente a supressão de seus princípios legitimadores, a ponto de o contingente se tornar ordinário.

Como manifestações desse Estado de exceção constante, Agamben cita como exemplos a ausência de separação entre as funções de poder executivo e legislativo, tendo o executivo passado a legislar ordinariamente mediante medidas provisórias ou decretos-leis; a discriminação e marginalização generalizada de imigrantes pelos países centrais, em uma era de globalização na qual a mão de obra imigrante é cada vez mais essencial; e a institucionalização de medidas extremas de restrição da liberdade em nome da *war on terror* (como as consubstanciadas nos *Patriot Acts* estadunidenses)²⁷⁹.

No mesmo sentido, Bauman faz o diagnóstico de que a perspectiva atual de segurança na modernidade é construída sobre o pressuposto de que a inclusão em uma comunidade exige a abdicação de parcelas cada vez mais abrangentes de liberdade, até o limite de sua quase eventual eliminação²⁸⁰. Hassemer critica que cada vez mais os limites entre a prevenção criminal e a investigação estão se esvaecendo, antecipando-se para atividades ditas de prevenção criminal as graves restrições a direitos fundamentais que apenas seriam admissíveis na investigação criminal, ou ainda permitindo-se que verdadeiras atividades de investigação criminal de fatos já delimitados sejam conduzidas sem controle na fase de inteligência²⁸¹.

A tradicional resposta que tem sido oferecida aos limites à restrição de direitos fundamentais tem sido o recurso ao princípio da proporcionalidade como paradigma

²⁷⁹ *Ibidem*. Para comentários sobre a posição de Agamben, ver também: Luiz, 2010.

²⁸⁰ Afirma Bauman, 2003:9-10: “uma coletividade que pretende ser a comunidade encarnada, o sonho realizado, e (em nome de todo o bem que se supõe que essa comunidade oferece) exige lealdade incondicional e trata tudo o que ficar aquém de tal lealdade como um ato de imperdoável traição. A ‘comunidade realmente existente’, se nos achássemos a seu alcance, exigiria rigososa obediência em troca dos serviços que presta ou promete prestar. Você quer segurança? Abra mão de sua liberdade, ou pela menos boa parte dela. [...] Você quer essa sensação aconchegante de lar? Ponha alarmes em sua porta e câmeras de tevê no acesso. [...] Você quer aconchego? Não chegue perto da janela, e jamais a abra. O nó da questão é que se você seguir esse conselho e mantiver as janelas fechadas, o ambiente logo ficará abafado e, no limite, opressivo”.

²⁸¹ Hassemer, 1995:99 *et seq.* Reiterando a crítica, ver Albuquerque, 2009:672. Segundo D. Cunha, 1993:223, a suspeita da prática de um crime concreto é o critério diferenciador entre a atividade policial-administrativa (de prevenção de crimes) e a atividade processual penal de administração da justiça, concluindo que podem existir medidas restritivas de direitos fundamentais no âmbito da atividade de prevenção criminal (D. Cunha, 2006:75). Eventualmente o caminho é inverso, trazendo-se para a investigação criminal atividades de prevenção, com a restrição de direitos fundamentais, como a possibilidade de realização de ações encobertas para fins de prevenção criminal (em Portugal, ver Lei n. 101/2001, art. 3.4, e críticas em Albuquerque, 2009:659).

metodológico de aferição da racionalidade do processo justificador das restrições a direitos fundamentais. Nessa linha, uma determinada atividade de promoção da segurança pública, seja em nível preventivo, seja na investigação de uma lesão já realizada, quando se propõe a restringir um direito fundamental concreto de um indivíduo, deveria passar pelo crivo das exigências de adequação (aptidão para alcançar determinado fim), necessidade (inexistência de outro meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação dos direitos fundamentais em colisão para permitir a prevalência daquele com maior relevância no caso concreto)²⁸². Ainda assim, nem sempre a solução será dada de antemão, já que a proporcionalidade em sentido estrito exige um processo argumentativo de justificação, que abre o discurso jurídico ao discurso político, no qual a segurança jurídica da previsibilidade das soluções será dada pela sua progressiva consolidação em nível jurisprudencial e doutrinário. Sempre levando em consideração os possíveis efeitos colaterais não desejados das novas medidas restritivas de direitos²⁸³.

Uma das propostas de solução do problema tem sido o redirecionamento do próprio conceito de segurança, da segurança do Estado para a segurança humana, enquanto valor mais intimamente ligado à ideia original de dignidade humana a justificar o reenquadramento das relações entre indivíduo e Estado²⁸⁴. Sobre esse reequilíbrio, afirma Bauman²⁸⁵:

A tensão entre a segurança e a liberdade e, portanto, entre a comunidade e a individualidade, provavelmente nunca será resolvida e assim continuará por muito tempo; não achar a solução correta e ficar frustrado com a solução adotada não nos levará a abandonar a busca – mas a continuar tentando. Sendo humanos, não podemos realizar a esperança, nem deixar de tê-la.

²⁸² Segundo Grimm, 1989:25, deve-se levar em consideração a importância dos objetos de proteção legal em colisão, o grau de restrição e a amplitude do perigo que se visa evitar. Ainda assim, conclui que muitas condutas individuais arriscadas, quando não lesivas da ordem pública, não podem ser proibidas, pois consubstanciam uma expressão da sua própria liberdade individual (como atividades esportivas arriscadas, direção de veículos ou aplicações em bolsas de valores).

²⁸³ Hassemer, 1998:30.

²⁸⁴ Sobre o tema, afirmam Ogata e Sen, 2003:2: “O debate sobre a segurança mudou dramaticamente desde o princípio do estado de segurança defendido no século XVII. De acordo com essa ideia, o Estado monopolizaria os direitos e os meios para proteger os cidadãos... Mas no século XXI, os desafios por segurança e suas formas de proteção ficaram mais complexas. O Estado ainda se mantém como fornecedor fundamental da segurança. Todavia, ele com frequência falha em cumprir suas obrigações de segurança – e às vezes se torna até mesmo a fonte de ameaças a seu próprio povo. É por isso que a atenção deve ser transferida da segurança do Estado para a segurança das pessoas – a segurança humana”.

²⁸⁵ Bauman, 2003:10-11.

Portanto, a solução desse problema está em fase de construção. Apenas não podemos desconsiderar a existência do problema da expansão desenfreada da atividade de prevenção e seus riscos para a corrosão da liberdade e do próprio Estado de Direito.

Em verdade, a eficiência da prevenção e repressão da criminalidade organizada não passa apenas (às vezes não necessariamente) pelo alargamento das hipóteses de restrição de direitos fundamentais, mas especialmente pela sofisticação do instrumental persecutório, na especialização do Ministério Público e da Polícia criminal e no incremento das atividades em rede de inteligência com tratamento e compatilhamento de informações. Enfim, com maior “criatividade investigativa”²⁸⁶.

2.1.7 A tensão de princípios no processo penal contemporâneo: em busca do equilíbrio

A evolução dos direitos fundamentais passou pelo reconhecimento de uma perspectiva meramente liberal, como direitos de defesa (ou negativos), como uma proteção contra ingerências abusivas do Estado na liberdade individual, para serem num segundo momento também exigências de prestações positivas de direitos sociais, consistentes no direito de ter condições para o exercício das liberdades, ou seja, consistentes em direitos a prestações positivas do Estado. Sem dúvidas, o direito à segurança é uma das perspectivas desse direito a prestações positivas, consistente no reconhecimento de um dever de proteção do Estado para com seus cidadãos, que deriva de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais²⁸⁷. Na síntese de Mir Puig, o direito penal é um instrumento essencial à proteção dos cidadãos no Estado Social e

²⁸⁶ Nesse sentido: Fonseca, 2003:204, Valente, 2009:179-183. Também Canotilho (2009:29-30), destacando que o motor central da nova arquitetura de prevenção em relação aos novos riscos deve ser um “direito organizatório mais organizado”, com mais troca de informações pelos diversos serviços de segurança e centralização de bancos de dados. Ainda Braz (2009:13 e 337-8) defende a necessidade de mudança no paradigma da investigação criminal para enfrentar o crime organizado, com uma nova estratégia, lógica e sentido das ações, especialmente a recolha, análise, tratamento e difusão das informações sobre as atividades das organizações criminosas (a *intelligence* criminal). Em sentido mais amplo, afirma Marques da Silva, 2005:398: “a eficácia da prevenção e combate à criminalidade, em qualquer das suas manifestações há de alcançar-se sobretudo pelo engenho e arte das ‘polícias’, nunca pela força bruta, pelo artifício, pela atuação processualmente desleal ou pela subversão dos princípios em que assenta a nossa estrutura político-social, o nosso ideal de organização da sociedade, porque a utilização desses meios, ainda que momentaneamente eficazes, degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa”.

²⁸⁷ Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ver comentário de Hesse, 1996:94: “implica não apenas um obrigação (negativa) do Estado de abster-se de ingerências no âmbito que aqueles protegem, mas também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo aquilo que sirva à realização dos direitos fundamentais, ainda quando não haja uma pretensão subjetiva dos cidadãos”. Para comentários em geral dessa dimensão objetiva dos direitos

Democrático de Direito²⁸⁸. E da mesma forma o processo penal participa das funções do direito penal, dentro de uma “ciência conjunta do direito penal” guiada pela política criminal, de sorte que também o processo penal possui uma instrumentalidade garantista e funcional²⁸⁹. Dessa forma, o Estado atualmente é confrontado com duas exigências em parte contraditórias: que limite seus poderes em nome da defesa dos cidadãos e que aumente seus poderes também para a defesa dos cidadãos. Deve ser eficiente em assegurar a segurança pública sem restringir o núcleo intangível de direitos fundamentais²⁹⁰. Esse conflito de finalidades também se estende ao processo penal, que passa também a ser visto não apenas em sua função tradicional iluminista de instrumento de garantias do cidadão contra o arbítrio punitivo, mas o processo passa a se fundir com a política criminal, exigindo uma dose de eficácia e funcionalidade na descoberta da verdade²⁹¹.

A nova realidade social do século XXI tem exigido do direito penal (e também do processo penal) um novo reequilíbrio dos interesses em jogo na persecução penal, de sorte que o direito é confrontado a dar respostas adequadas às novas formas de organização social, às novas tecnologias de interação da vida em sociedade e às novas expectativas sociais, buscando uma nova reorganização dos limites estabelecidos à liberdade em prol dos interesses coletivos²⁹².

fundamentais (aqui chamada de dimensão institucional), ver também Häberle, 2003:74-96 e Alexy, 2002:544-6. Comentando a aplicação dessa teoria ao sistema penal, ver nosso trabalho Ávila, 2007:44-70.

²⁸⁸ Mir Puig, 2001:129-132. Também desenvolvendo a ideia de que a segurança é uma tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito, ver Valente, 2009b:93-

²⁸⁹ Liszt, 2003:72 *et seq.* Sobre a inter-relação entre a Polícia criminal e os demais ramos das ciências criminais (criminologia, direito penal e processo penal), v. J.F. Dias, 2001 e Roxin, 2002. Especificamente sobre a dupla instrumentalidade garantista e funcional do processo penal, encarado como um instrumento de política criminal, v. Zipf, 1979:127; F. Fernandes, 2001; G.M. Silva, 2008 (v.I):23; T.A.P. Ávila, 2007:66-70. Indicando exemplos concretos desse viés político criminal no processo penal português; v. Valente, 2013:234-244.

²⁹⁰ Sobre esse dilema, ver Hassemer, 2007:194-5; Loureiro, 2009:272-3; F.P. Pereira, 2009:102-110.

²⁹¹ Essa relação entre eficiências e garantias foi identificada por Moura, 2005:38-43, para o qual “um processo penal que não consiga realizar a sua função de meio de realização da justiça penal, em termos razoavelmente satisfatórios, põe em causa todo o sistema penal”, destacando que numa situação de ineficiência sistema haveria o fortalecimento de reações informais de violência ao crime. Uma visão semelhante de reações de violência diante da ineficiência sistemêmica foi exposta por Ferrajoli, 2002:274, conferir: “O duplo objetivo do direito penal, já dissemos, é a prevenção quer dos delitos, quer das reações informais a ele. Este segundo objetivo, por sua vez, se articula em duas finalidades, quais sejam a prevenção geral da vingança privada, individual e coletiva, tal como expressa na vingança de sangue, no exercício das próprias razões, no linchamento, na represália e outros similares, e a prevenção geral da vingança pública, que, na ausência do direito penal, seria atuada por poderes soberanos de tipo absoluto e despótico, não regulados nem limitados por normas e garantias”.

²⁹² Como salienta Hassemer, 2007:195, até a década de 1970 não havia uma pressão dessa sorte sobre as instituições penais, o que se acentuou com os fenômenos recentes de terrorismo.

Em especial, o fenômeno do terrorismo, num primeiro nível, e da criminalidade organizada, logo após, aparecem como ameaças constantes ao estado de normalidade previsto na Constituição, sendo encarados como ameaças sérias à realização do direito fundamental à segurança pública e, portanto, ao direito a um ambiente livre para o desenvolvimento da personalidade. Esses fenômenos de criminalidade organizada (à qual se pode reconduzir o terrorismo) possuem uma dificuldade acrescida de investigação inerente à sua articulação para não serem descobertos e, especificamente no caso do terrorismo, pela característica marcante do elemento surpresa, o que tem acentuado a expansão das áreas de investigação.

Esse clima de insegurança generalizada decorrente das novas formas de criminalidade tende a reformular os postulados tradicionais da política criminal, com a introdução do princípio da precaução como guia mestra da deriva securitária do sistema. Segundo Canotilho, o surgimento de novas ameaças terroristas colocou em cheque antigos dogmas de segurança, obrigando uma “arquitetura de segurança” de um novo “Estado preventivo”²⁹³. Feijoo Sanchez²⁹⁴ salienta que uma das características do direito penal nas sociedades chamadas “de risco” tem sido o esvanecimento das fronteiras entre o direito penal e o direito policial de prevenção de perigos, fenômeno correntemente denominado como administrativização do direito penal. Busca-se cada vez mais evitar a ocorrência do delito que propriamente puni-lo, sendo exemplo eloquente desse fenômeno a generalização das medidas de segurança preventivas, como revistas preventivas em aeroportos ou à entrada em estádios desportivos²⁹⁵. Também no âmbito repressivo, a ineficiência sistêmica dos métodos tradicionais de investigação frente às novas formas de criminalidade acaba por gerar uma pressão sobre o sistema penal para que passe a utilizar novas formas de investigação cada vez mais invasivas da privacidade, de forma a tentar restabelecer a eficiência na atividade persecutória penal.

Mas a pergunta que se coloca diante desse problema é: mas até onde pode ir o Estado em nome da eficiência da persecução penal? Onde estariam os limites das restrições?

Se por um lado é inegável que o Estado deve ser eficiente na contenção de fenômenos criminais pós-modernos, também não é menos verdade que uma deriva securitária

²⁹³ Canotilho, 2009:29-30.

²⁹⁴ Feijoo Sanchez, 2010.

desorientada, sem que se avalie se os meios são efetivamente adequados e eficazes às novas demandas sociais e se o custo social das novas tendências são suportáveis, pode gerar e completa erosão dos valores de garantia sedimentados a duras penas durante séculos de doutrina penal.

O grande desafio da dogmática penal contemporânea é tentar equacionar essa tensão latente entre segurança e liberdade. Poderíamos identificar três correntes de propostas de solução desse problema. Há os mais radicais liberais, que postulam uma posição de resistência às mudanças, argumentando que as relativizações aos postulados sedimentados da cultura jurídica tradicional acabariam por destruir a própria cultura jurídica (e nesse conceito está o de Estado de Direito)²⁹⁶. Nas palavras de Waldron, “o poder dado ao Estado quase nunca é usado exclusivamente para os propósitos para os quais foram dados, ao contrário, sempre e endemicamente tende ao abuso”²⁹⁷. Nesse linha, mesmo em tempos de crise em segurança pública, como no atual cenário de terrorismo internacional e de criminalidade organizada crescente, a preocupação com a manutenção de limites contra o arbítrio estatal deveria ser uma constante.

No outro lado do pêndulo, o círculo político e midiático, refletindo a opinião das pessoas em geral, bem como normalmente os profissionais de segurança, clama por intervenções mais incisivas de eficiência na prevenção, ainda que muitas vezes não se esteja seguro da real eficiência dessas medidas de maior restrição. Aliás, a lógica do direito penal do inimigo, vista acima, é uma tentativa de dogmatização dessa posição. Outros, finalmente, tentam trilhar pela “via do meio”, ao realizar uma ponderação dos interesses em jogo, respeitando a liberdade como pano de fundo mas admitindo as exceções pontuais onde se argumenta ser indispensável um sacrifício individual em favor da coletividade. A maioria (qualitativa) da doutrina brasileira e portuguesa tem tentado trilhar por essa via do equilíbrio, na qual o princípio da proporcionalidade seja um guia na compatibilização dos interesses em conflito no processo penal²⁹⁸.

²⁹⁵ Medidas previstas na legislação portuguesa, respectivamente, no art. 16.3 da Lei n. 20/1987 e art. 12 da Lei n. 16/2004. Sobre o tema, ver Valente, 2009b:433-445.

²⁹⁶ Entre os expoentes dessa corrente, ver Hassemer, 2007:200 e Hassemer, 1995:*passim*.

²⁹⁷ Waldron, 2010:40.

²⁹⁸ Nesse sentido, A.S. Dias, 2009:700, procura sintetizar esse difícil equilíbrio no qual o processo penal está inscrito: “nem as garantias devem ser entendidas tão rigidamente que impeçam a eficácia no combate ao terrorismo e restante crime organizado, nem a busca de eficácia deve levar à dissolução das garantias e do Estado de Direito”,

Alcançar esse equilíbrio não é tarefa fácil, pois importa em regulamentar minuciosamente os limites das novas medidas de intervenção em cada situação concreta, de acordo com os interesses em jogo naquela situação específica, para separar as áreas de restrição necessária e inevitável, das áreas onde a restrição não se mostra adequada aos fins, poderia ser evitada em favor de medidas menos invasivas, ou não se justifica quando em confronto com o diminuto valor dos bens que se pretende proteger ou diante dos valores mais elevados que as garantias tradicionais visam assegurar. E mais, saber detectar as novas áreas de restrição em relação às quais, mesmo havendo um ganho de realização da segurança pública, sacrificam de forma tão desmedida a liberdade que se tornam em si mesmas desproporcionadas²⁹⁹. Enquanto no processo penal tradicional havia uma divisão clara entre o continente e o mar (um continente sem baías e um mar sem ilhas), no processo penal moderno há um mapa ao estilo arquipélago, onde as áreas de terra e mar que se intercalam de acordo com as necessidades de eficiência e garantias: aqui o risco é de se tomar as ilhas de eficiência como um continente, generalizando exceções e ignorando importantes áreas de garantias que deveriam ser preservadas. Isso tem exigido da doutrina um importante esforço de sofisticação na delimitação das possíveis áreas de exceção e as novas garantias que deverão estar associadas à sua admissão.

postulando, para tanto, um “equilíbrio reflexivo entre garantias e eficácia” (A.S. Dias, 2009:708). Fonseca, 2003, advoga que fazer frente aos novos fenômenos criminosos da sociedade contemporânea é uma atividade essencial do Estado, o que justificaria a restrição de direitos fundamentais em situações extremas e a adoção de novos meios de investigação. R. Pereira, 2009:250, afirma que a revisão do CPP de 2007 balançou entre as tendências “securitária” e “garantista”, procurando alcançar maior celeridade processual sem sacrificar as garantias de defesa. Também Loureiro, 2009:283, afirma que a análise da reforma do CPP português poderia indicar que houve uma vitória das tendências securitárias na reforma do Código de Processo Penal de 2007, todavia, segundo esse autor, trata-se da tentativa do Direito em acompanhar as evoluções da sociedade. Sobre o dilema dos valores em causa no processo penal na atual realidade, afirma Monte, 2009:416: “Porque a concordância prática das finalidades que entre si são antiéticas, concretamente da proteção dos direitos fundamentais, por um lado, e da realização da justiça e da verdade material, por outro, não implica que deva ser concedida mais importância a uma que a outra. Implica apenas saber se as novas exigências têm dignidade suficiente para, dentro dessa ponderação, imporem um abaixamento da tutela dos direitos fundamentais. Em certos casos, pela emergência dos interesses em causa, a resposta poderá ser positiva, sobretudo porque se deverá conceder à vítima (individual ou difusa) um papel que até agora não se concedeu”. Uma visão geral das restrições de direitos fundamentais em processo penal nas hipóteses de terrorismo pode ser vista na obra clássica de Sardinha, 1989, a qual, a par de antiga, ainda contém discussões muito relevantes sobre a compatibilização dos interesses em jogo (inclinando-se, em geral, pela admissão das restrições). Denunciando o risco de se construir a segurança pública em um mega princípio que justificaria a restrição generalizada dos direitos fundamentais individuais: G.A.P. Castro, 2008.

²⁹⁹ Novais, 2012:132, ilustra o problema: se uma medida restritiva A tem a aptidão 4 de realização de um direito fundamental, e um sacrifício 7 de outro direito fundamental, e a outra medida restritiva B tem a aptidão 3 de realização de um direito fundamental, e um sacrifício 2 do outro direito fundamental, então A é claramente inconstitucional, pois para progredir um pouco na efetividade, agride de forma elevada a liberdade.

Apesar de haver a indicação da doutrina da necessidade de equilíbrio entre garantias e eficiência, o fato é que no plano normativo têm proliferado legislações de exceção que criam subsistemas mais repressivos, com sérias discussões sobre o efetivo respeito ao almejado equilíbrio. Certamente o binômio terrorismo e crime organizado são os candidatos preferidos para justificar essas novas áreas de exceções.

Essas legislações de emergência são promulgadas com nítido caráter simbólico, para acalmar a população e transmitir a sensação de que algo está sendo feito. Todavia, a perpetuação de tais situações de exceção acaba por criar uma naturalização da opressão, em um Estado de exceção constante. Assim, a maior ameaça do terrorismo e da criminalidade organizada ao Estado de Direito é fazer com que o Estado de Direito, a pretexto de defender-se, venha ele mesmo a se desfigurar inteiramente³⁰⁰.

Assim, o processo penal (em sua realização prática) não ficou imune à contaminação com a lógica do direito penal do inimigo, gerando o que alguns preferem denominar de “processo penal do inimigo”³⁰¹. A lógica de inocuização e combate acabou por também influenciar a configuração moderna de várias leis processuais que passam a tratar o investigado como uma fonte de perigo a ser eliminada, com uma ação pautada na urgência e na imediatidade da resposta, em algumas situações a qualquer custo.

Em várias frentes de ação, a lógica do direito penal máximo tem invadido o processo penal para assegurar sua máxima eficiência. O efficientismo exacerbado não pode deixar de ser visto como uma forma de direito penal máximo, já que preconiza o máximo de eficiência possível, mesmo que o seja (ao menos em sua realização prática no discurso político) ao custo da restrição desnecessária de direitos fundamentais de potenciais inocentes³⁰².

³⁰⁰ Ackerman, 2004:1033.

³⁰¹ Ver Gloeckner, 2009:339.

³⁰² A tradicional contraposição entre direito penal mínimo e máximo pode ser sintetizada nos seguintes termos: segundo um sistema de direito penal mínimo, deve-se assegurar que todos os inocentes sejam absolvidos, ainda que o preço dessa opção seja que eventualmente alguns culpados também sejam absolvidos. Já na lógica do direito penal máximo, deve-se assegurar que todos os culpados sejam punidos, ainda que o preço dessa opção seja que eventualmente algum inocente também seja punido. Num sistema de direito penal mínimo o controle penal deve ser a *ultima ratio*, sendo preferíveis outras esferas de controle (cível ou administrativo) menos invasivas que o direito penal, enquanto num sistema de direito penal máximo o controle penal passa a ser um elemento central do controle social. Sobre o tema, ver Ferrajoli, 2002.

Não discutimos que é possível e necessária a compatibilização dos interesses em jogo no processo penal e na promoção da segurança pública, sendo admissível em situações extremas e pontuais a restrição de direitos fundamentais. Contudo, a grande crítica que se faz à generalização de restrições de direitos fundamentais em nome da eficiência do processo penal é que essa generalização de exceções pode acabar por, a pretexto de combater-se o terrorismo ou a criminalidade grave, destruir-se os próprios fundamentos do Estado de Direito. A normalização de exceções restritivas generalizadas acaba por subverter o sistema constitucional em nome de situações de exceção institucional, de certa forma criando um Estado de exceção latente e constante, violando o procedimento que a Constituição prevê para os períodos de exceção institucional (Estado de defesa ou de sítio) com limitações temporais e controles procedimentais próprios, destinados a assegurar a não aniquilação total dos direitos e, em última análise, a proteção aos direitos fundamentais, os quais estão no epicentro da ordem constitucional³⁰³.

Assim, há que se ter cuidado para que o processo penal não se contamine com a lógica de guerra do direito penal do inimigo, mas mantenha sua serenidade para poder se comportar como uma resposta racional diante do crime irracional.

O processo penal moderno, e mais especificamente a atividade policial, caminha no “fio da navalha” desse difícil equilíbrio entre garantias e eficiência. Veremos adiante algumas balizas inerentes ao Estado de Direito para manter esse equilíbrio estável na atividade policial.

2.2 Direitos fundamentais como limites imanentes à atividade policial

A atividade policial assume no âmbito do Estado de Direito uma relevância essencial, já que, por um lado, a segurança pública passa a ser vista como um direito fundamental de natureza social, e sua realização concreta está ligada diretamente ao exercício eficiente da atividade policial; mas, por outro lado, a atividade policial é em si mesma vista como uma área sensível à vulneração de direitos fundamentais, não apenas individuais, mas também sociais, já

³⁰³ Essa crítica consta de Miranda, 2006. Aponta Miranda, 2006:500, como manifestações ilegítimas e insustentáveis à luz dos princípios do Estado de Direito algumas propostas de resposta ao terrorismo, como “detenções ou prisões sem limites temporais ou sem assistência de advogado, escutas telefônicas ou buscas sem autorização judicial, discriminações em razão da nacionalidade, da raça ou da religião, expulsões e extradições sem as devidas garantias processuais, tribunais de exceção, substituição, nas ruas, das Forças Armadas às forças policiais”.

que um padrão desviante de atuação policial (ou um risco significativo de ser vítima de um desvio policial) é um novo fator de insegurança social.

Como visto, a atividade policial é reconfigurada no âmbito do Estado Social como sendo um verdadeiro serviço público, colocado à disposição da coletividade como expressão do dever fundamental de proteção pelo Estado. Todavia, o exercício da atividade policial não pode ser dissociado do paradigma do Estado de Direito que orienta toda a atividade estatal.

O paradigma do Estado de Direito estrutura e guia toda a atividade policial. Todos os cinco tópicos anteriormente destacados de caracterização do Estado de Direito possuem expressa relação com a atividade policial: sistema de direitos fundamentais, legalidade, divisão de poderes com mecanismos eficientes de fiscalização e controle, proteção jurídica e responsabilização pelos desvios. Todos esses aspectos estão ligados ao controle da atividade policial, pois a necessidade do controle, o paradigma do controle, o titular do controle, as atividades de controle e as consequências do controle derivam todas elas desse paradigma fundamental do Estado de Direito. Iremos doravante aprofundar os três primeiros tópicos das perspectivas relativas à atividade policial, reservando para o último capítulo o aprofundamento dos dois últimos tópicos.

2.2.1 Considerações gerais sobre os princípios fundamentais e sua relação com a atividade policial

Como visto, a ideia de limitação de poderes do Estado para respeito aos direitos fundamentais da pessoa é um conceito central do Estado de Direito. Não basta que a ação estatal esteja guiada pela legalidade, é necessário que a legalidade seja uma manifestação do imperativo de respeito aos direitos fundamentais (não se pode esquecer que a maioria das barbáries dos nazistas foram praticadas de acordo com a legalidade do Estado nacional-socialista de então). Assim, o compromisso com a promoção dos direitos fundamentais do ser humano é uma marca

essencial de um Estado materialmente de Direito (não apenas formalmente limitado pela legalidade)³⁰⁴.

O sistema de direitos fundamentais positivados pela CRFB/1988 sintetiza a ideia de dignidade da pessoa humana, como epicentro da ordem jurídico-constitucional, e, como uma decisão objetiva de valor, estabelecem princípios materiais reitores de toda a ação do Estado.

O processo penal é por excelência o local de embate das necessidades de promoção da segurança pública e das necessidades de proteção da liberdade individual contra a arbitrariedade punitiva. Nas palavras de Guinchard e Buisson, a principal finalidade do processo penal consiste em “conciliar o inconciliável”: segurança e liberdade³⁰⁵. Por esse motivo, o processo penal é necessariamente um processo de equilíbrio entre tendências contraditórias (daí que o *equal process* deva necessariamente considerar ambas as tendências contraditórias). E esse processo de composição de interesses antagônicos não pode desenrolar-se fora do marco da releitura do sistema processual à luz dos direitos fundamentais, sob o pálio do princípio da proporcionalidade³⁰⁶.

Especificamente no âmbito da intervenção policial, tais aspectos de embates entre a atividade estatal de promoção da segurança pública e os direitos fundamentais dos cidadãos se tornam mais sensíveis e dramáticos³⁰⁷. É inevitável que, para exercer suas funções, a Polícia tenha que, em determinadas situações, restringir direitos dos cidadãos, especialmente mediante a possibilidade de recurso ao uso da força. Todavia, a preocupação com a contenção de possíveis arbitrariedades assume uma posição sensível no relacionamento policial-cidadão, diante da manifesta situação de inferioridade deste último em relação à instituição policial, dotada de

³⁰⁴ Benda, 2001:491; Novais, 2006a:103. Indicando que o progressivo reconhecimento e proteção de direitos fundamentais apresenta-se como uma característica indispensável da ideia de Estado de Direito, tal como a conhecemos hoje, ver Pérez Royo, 1998:191.

³⁰⁵ Guinchard e Buisson, 2009:2, com argumentação sobre o caráter de direito fundamental da realização do direito à segurança, e da necessidade de levar-se em consideração ambos os aspectos de direito de defesa e interesses da sociedade na realização da justiça penal, nos diversos institutos de processo penal.

³⁰⁶ Segundo Guinchard e Buisson, 2009:70, a maior metamorfose do processo penal na transição do século XX para o XXI foi a sua atração teórica rumo à teoria dos direitos fundamentais (complementam os autores que as outras grandes metamorfoses são sua modelação a partir de *standards* mundiais e a emergência de novos princípios diretores – como a lealdade, a celeridade, e o diálogo).

³⁰⁷ Não colocamos em discussão aqui a legitimidade dos fins de segurança pública que a atividade policial persegue. Por exemplo, em períodos de exceção, a Polícia é direcionada para coibir determinadas manifestações populares (v.g., protesto de rua) que, em regimes democráticos, são na verdade um exercício de direitos constitucionais a serem protegidos pela Polícia. Sobre o tema, ver: Correia, 1994:3.

aparatos técnicos para o exercício da força³⁰⁸. Daí que também (e especialmente) a atuação policial deve ser cingida pelos mesmos princípios constitucionais que balizam o processo penal, naquilo que for possível e adequado à sua natureza e finalidade, podendo-se falar em uma atuação policial *équitable*³⁰⁹.

A defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos é tanto o fim da atividade policial quanto o seu próprio limite³¹⁰. Trata-se de um limite imanente, já que, ainda que não esteja expressamente enunciado para uma diligência específica, decorre da ordem de valores da própria Constituição e, por conseguinte, de toda a ordem jurídica. O respeito aos direitos fundamentais possui uma eficácia vinculante de toda a ação policial³¹¹. Ao assumirem suas funções, os policiais celebram um compromisso de fidelidade com os valores constitucionais, de sorte que seu comportamento global deve identificar-se com a ordem constitucional livre e democrática da CRFB/1988 e sua ação deve favorecer sua manutenção, em todos os níveis³¹².

A atividade policial é encarada como um serviço público, prestado pelo Estado, destinado a concretizar sua obrigação constitucional de proteção eficiente, derivado da perspectiva social do Estado de Direito. Essa perspectiva de obrigação constitucional de proteção por meio da atividade policial está especialmente explícita do art. 144, § 7º, da CRFB/1988, que prevê: “A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”. Há nesse dispositivo uma dupla previsão: (i) a atividade policial deve guiar-se pelo princípio da legalidade, com expressa previsão na lei das medidas restritivas de direitos fundamentais realizadas ordinariamente pelas forças policiais, de forma a assegurar a suficiente proteção dos interesses constitucionais em jogo; e (ii) a regulamentação da atividade policial não pode desconsiderar o fator de eficiência necessário para se atingir as funções constitucionais de manutenção da ordem e de assegurar suficiente proteção aos cidadãos. Referido dispositivo constitucional é uma

³⁰⁸ Não se exclui a situação residual de desvantagem da Polícia em determinadas situações, especialmente no confronto com organizações criminosas com elevado potencial de confronto armado. Todavia, essas são situações excepcionais, e como tais devem ser tratadas.

³⁰⁹ Sobre a relevância das garantias constitucionais na fase das investigações, ver Choukr, 2001:15; A.S. Fernandes, 2002:99-142; Loper Jr., 2003:261 *et seq.*

³¹⁰ Valente, 2009b:151.

³¹¹ Sobre a vinculação de entidades públicas e privadas à “força dirigente dos direitos fundamentais”, ver Canotilho, 2003:438. Sobre a atividade policial guiada por uma política criminal orientada pela dignidade da pessoa humana, v. Valente, 2013:83-100.

³¹² Sobre os deveres fundamentais de fidelidade constitucional dos servidores públicos, ver Denninger, 2001:458.

positivação dos dois grandes princípios constitucionais em jogo na atividade policial: contenção do risco de arbitrariedades e fomento da eficiência.

Podemos dizer, assim, que há um direito fundamental de nível mais genérico (ou melhor, um feixe de direitos fundamentais apontando na mesma direção) que guiaria toda a atividade policial e que consiste no **princípio da vedação de arbitrariedades na atividade policial**³¹³. Este princípio, por sua vez, estaria em constante tensão com outro princípio, que corresponde ao **princípio da eficiência da atividade policial**, como instrumento estatal de promoção da segurança pública, a qual, como ambiente livre de restrições indevidas à liberdade, é um pressuposto para a fruição dos demais direitos fundamentais e, portanto, também se configura como um direito fundamental a prestações positivas do Estado³¹⁴. Ambos se revelam como expressões do dever de proteção do Estado dos direitos fundamentais, proteção contra terceiros (vertente positiva) e proteção contra si mesmo (vertente negativa). A justiça e a legitimidade da atuação policial se dão com a maximização desses dois postulados, que estão em constante tensão. Não há uma justiça racional sem a consideração conjunta desses dois princípios³¹⁵: o cometimento de arbitrariedades em nome da eficiência não constitui justiça, bem como a ineficiência sistêmica em nome do puritanismo garantista também não seria uma verdadeira justiça. A eficiência na atividade policial está ligada, portanto, à vedação de uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais e está diretamente relacionada com a própria representação social de legitimidade da atividade policial³¹⁶.

³¹³ Esse princípio de vedação de arbitrariedades na atividade policial pode ser deduzido do próprio princípio do Estado de Direito e, mais especificamente, da vedação de maus tratos na atividade policial (CRFB/1988, art. 5º, III e art. 5.2 da CADH). Genericamente reconhecendo um “princípio da proibição da arbitrariedade no interior do Estado”, v. Habermas, 1997(v. 1):217. Indicando um “princípio do respeito dos direitos e interesses legitimamente protegidos dos cidadãos” como uma das finalidades estruturantes do processo penal, ver Valente, 2009b:151. Todavia, Valente, 2013:83-100, também indica a relevância de se manter um equilíbrio entre as garantias e a eficiência. Registre-se, finalmente, que não trabalhamos aqui com o conceito de “princípios abertos” não normativos, mas de verdadeiros “princípios como forma de proposição jurídica” (Larenz, 2009:682), ou seja, princípios que dão um conteúdo concreto ao intérprete e não abrem uma porta discricionária de interpretações subjetivas ao aplicador. Em outras palavras, não se propõe uma hermenêutica “panprincipiologista”, de cunho meramente retórico-corretivo, que coloca o intérprete num espaço de discricionariedade incompatível com o princípio do Estado de Direito, fenômeno criticado por Streck, 2011:138-150; Streck, 2006b:137-147.

³¹⁴ Sobre o direito fundamental à segurança pública como expressão do dever de proteção dos direitos fundamentais, ver acima, subseção 2.1.3. O princípio da eficiência, que também norteia a atividade policial, está previsto textualmente no art. 37, *caput*, da CRFB/1988.

³¹⁵ Sobre o princípio constitucional da justiça como sendo um postulado de racionalidade do processo de decisão, ver Duarte, 2008:65.

³¹⁶ E exercício da atividade policial, portanto, está ligada ao difícil equilíbrio entre uma proibição de excesso (*Übermassverbot*) e uma proibição de insuficiência (*Untermassverbot*). Trata-se da chamada dupla face do

Todavia, a própria eficiência de uma atuação não pode ser considerada fora do quadro de garantias mínimas de fiabilidade da informação recolhida, ou seja, de um regime de provas que evite um erro judiciário e que assegure a proteção contra pressões externas indevidas³¹⁷. Assim, a segurança pública no Estado de Direito se faz mediante a conjugação desses dois princípios: é necessário ser eficiente sem ser arbitrário e demonstrando a todos de forma transparente que não houver arbitrariedade. As instituições públicas no Estado de Direito (e também as instituições policiais) devem ser como a mulher de César: não basta ser honesta, tem de parecer ser honesta. A Polícia não deve apenas atuar em respeito aos direitos fundamentais, deve sempre agir no âmbito de um procedimento de atuação que assegure que sua atividade não terá o risco de ser desviante³¹⁸. A legitimidade se dá pela obediência ao procedimento de garantias, e o procedimento em si é construído com a consideração conjunta das duas vertentes da proporcionalidade (garantias contra arbítrios e eficiência mínima do sistema)³¹⁹. O respeito aos direitos fundamentais no âmbito da atividade policial é um pré-requisito de legitimidade da própria intervenção policial dentro do paradigma do Estado de Direito³²⁰.

A atuação de um sistema penal potencialmente arbitrário não é um risco apenas para a pessoa concreta que venha eventualmente sofrer uma ilegalidade concreta, mas um risco para toda a coletividade, já que todos são potenciais vítimas de um sistema disfuncional. Não se pode dizer que a promoção da segurança em relação a terceiros tenha primazia sobre a promoção de segurança contra arbitrariedades estatais, pois ambas configuram-se como atentados ao valor segurança. Em verdade, a insegurança estatal é potencialmente mais grave que a insegurança privada, pois no caso de lesões praticadas por particulares ainda há a expectativa de se socorrer

princípio da proporcionalidade, que abrange tanto garantias contra abusos quanto um compromisso mínimo com a eficiência do sistema de proteção de direitos fundamentais (do qual a atividade policial é uma vertente), numa tensão dialética entre direitos fundamentais (do acusado, da vítima e da coletividade). Sobre o tema ver Mendes *et al.*, 2000:20; Sarlet, 2004:99; Streck, 2005; Feldens, 2005:108-129; Ávila, 2007:57-61. Comentando as implicações dessa perspectiva para a atividade de investigação criminal, ver F.C. Pereira, 2009. Mais genericamente sobre toda atividade policial, ver Monet, 2006:276.

³¹⁷ Guinchard e Buisson, 2009:5.

³¹⁸ A previsão legal de um regime de restrição dos direitos fundamentais é uma das perspectivas de proteção desse direito fundamental, derivada da sua dimensão objetiva. Sobre o tema, ver J.C.V. Andrade, 2001:149.

³¹⁹ A compreensão procedimentalista do Direito possui fortes laços com o pensamento de Habermas, 1997:170-190, para o qual há uma progressiva concretização dos direitos fundamentais a partir da Constituição para o seu regramento infraconstitucional, mediante um processo democrático de construção dessa concretização. Sobre as diversas perspectivas de legitimidade da restrição de direitos fundamentais no âmbito da atividade penal do Estado, ver ainda Zeidan, 2002:95-119. Sinalizando a necessidade de uma aproximação entre Polícia e Sistema de Justiça Criminal, para uma melhor compreensão recíproca da racionalidade policial e racionalidade judicial, ver Bittner, 2003:291.

da força pública, mas quando a própria força pública pratica arbitrariedades há o sério risco de sucumbir a própria fé do cidadão no Estado de Direito enquanto paradigma de proteção de direitos fundamentais. Portanto, o respeito à vedação de arbitrariedades das pessoas sujeitas à atuação policial não é apenas um interesse individual, mas um interesse coletivo à correta atuação policial³²¹.

O reconhecimento da vedação de arbitrariedades na atividade policial como um direito fundamental além de ter uma eficácia direta (vincular a ação policial para que se desenvolva de forma a respeitar os padrões constitucionais de restrição de direitos), também impõe a necessidade de estruturar um sistema de proteção contra tais eventuais arbitrariedades. Daí que esse princípio genérico de vedação de arbitrariedades se subdivida em outros princípios menos abstratos que também orientam a atividade policial. Vejamos.

2.2.2 Princípios fundamentais ligados à vedação de arbitrariedades na atividade policial

Há uma série de disposições de índole garantística relativas ao respeito aos direitos fundamentais do investigado e das pessoas que se relacionam com a Polícia. De forma mais genérica, podemos sintetizar que o “princípio do respeito aos direitos fundamentais do investigado e demais envolvidos no processo” é um dos princípios estruturais do processo penal (reflexo do postulado de vedação de arbitrariedades do Estado de Direito) e que informa todo o arcabouço garantista correlato.

Além dos dispositivos constitucionais acima citados relativos à vedação de arbitrariedades no âmbito da atividade policial, há inúmeras disposições em tratados internacionais que asseguram a necessidade de proteger de forma especial as pessoas da eventual violência praticada pelo Estado no curso de sua atividade de persecução criminal. Entre elas estão a proteção à vida e à integridade físicas³²², a vedação de tortura e de tratamentos desumanos ou cruéis³²³, a vedação de prisões arbitrárias³²⁴, a garantia de ser prontamente conduzido perante um

³²⁰ Proença Jr. *et al.*, 2009:34.

³²¹ Discorremos supra, na subseção 2.1.4, genericamente sobre a segurança pública como valor constitucional complexo, e a erosão do conceito coletivo de segurança quando há arbitrariedades individuais. Especificamente sobre o interesse constitucional do Estado em assegurar a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo submetido à persecução penal, ver Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:245-247.

³²² DUDH, art. 3º; PIDCP, art. 6.1; CEDH, art. 2.1; CADH, art. 4.1 e 5.1.

³²³ DUDH, art. 5º; PIDCP, art. 7º; CEDH, art. 3º; CADH, art. 5.2.

juiz em caso de prisão³²⁵, o asseguramento da possibilidade de impugnar eventuais arbitrariedades mesmo na fase das investigações³²⁶, sendo para tanto uma garantia o direito de ser informado dos motivos da sua prisão na sua própria língua³²⁷, a proibição de ser obrigada a testemunhar contra si mesma ou a declarar-se culpada³²⁸, e de forma mais genérica a proteção contra intervenções arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio, correspondências, e à sua honra³²⁹, bem como a proibição de tratamentos discriminatórios³³⁰. Também há outras garantias acessórias mesmo na fase de investigação, como a presunção de inocência³³¹ e algumas manifestações do direito de defesa³³².

Os tratados internacionais exigem não apenas que sejam assegurados tais direitos, mas que existam mecanismos eficientes no ordenamento jurídico (garantias) para assegurar a proteção contra tais violações³³³. É relevante ressaltar o valor que as proteções criminais possuem nos tratados internacionais, normalmente reservando-se-lhes lugar de destaque já nos primeiros dispositivos das declarações, o que indica a relevância de se assegurar a proteção das pessoas contra as arbitrariedades eventualmente praticadas pelo próprio Estado para a existência de um sistema efetivo de proteção de direitos humanos. Deles tiram-se uma série de outros direitos mais concretos, ligados à ideia de que a atividade de promoção de segurança

³²⁴ DUDH, art. 9º; PIDCP, art. 9.1; CEDH, art. 5.1; CADH, art. 7.2 e 7.3.

³²⁵ PIDCP, art. 9.3; CEDH, art. 5.3; CADH, art. 7.5.

³²⁶ DUDH, art. 8º; PIDCP, art. 9.2 a 9.5; CEDH, art. 5.4 e art. 13; CADH, art. 7.6 e 25.1.

³²⁷ PIDCP, art. 9.2; CEDH, art. 5.2 CADH, art. 7.4.

³²⁸ PIDCP, art. 14.3.g; CADH, art. 8.2.g. Uma garantia adicional dessa garantia é a previsão do art. 8.3 da CADH: “A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza”.

³²⁹ DUDH, art. 12; PIDCP, art. 17.1; CEDH, art. 8.1; CADH, art. 11. A possibilidade de restrição desses direitos para promoção do valor segurança pública é excepcional, conforme dicção do art. 8.2 da CEDH: “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

³³⁰ DUDH, art. 2º e 7º; PIDCP, art. 26; CEDH, art. 14; CADH, art. 1º e 24.

³³¹ DUDH, art. 11.1; PIDCP, art. 14.2; CEDH, art. 6.2; CADH, art. 8.2.

³³² Chamamos tais garantias acessórias pois não foram originalmente arquitetadas para aplicação na fase das investigações mas sim na fase de acusação, de forma a possibilitar uma defesa efetiva, mas suas potencialidades se projetam para a fase das investigações na medida em que, mesmo nessa fase, delineiam padrões de respeito ao investigado que são inerentes ao respeito à sua dignidade enquanto sujeito de direitos e não mero objeto do processo. Assim, por exemplo, o princípio da presunção da inocência proíbe que uma pessoa sofra uma prisão cautelar sem que existam indícios mínimos que justifiquem tal restrição (princípio da intervenção indiciária) o princípio do contraditório recomenda que se ouça a versão do investigado antes do ajuizamento da acusação (mediante interrogatório ou outra forma de contraditório prévio) e a ampla defesa recomenda que se facultem à defesa instrumentos de impugnação contra eventuais arbitrariedades praticadas no âmbito da fase investigatória.

³³³ PIDCP, art. 17.2. Genericamente sobre a aplicação desses *standards* de direitos humanos na fase investigativa, v. I.C. Barreto, 2003.

pública não é uma finalidade absoluta, mas se limita no respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Não procuraremos dissecar todo o arcabouço de direitos fundamentais aplicáveis à atividade policial, tarefa típica de um manual de direito policial. Todavia, analisaremos de forma específica o princípio da dignidade da pessoa humana (em sua vertente de proibição de maus tratos ao investigado e de respeito aos direitos fundamentais do próprio policial) e ainda um princípio que possui relação direta com a atividade policial: o princípio da proporcionalidade. Vejamos.

2.2.2.1 Dever policial de respeito à dignidade do investigado ou abordado

Esse é o aspecto mais central no âmbito da atividade policial: o Estado não pode se degenerar em algoz de seus cidadãos, mesmo quando tais cidadãos estão sob a suspeita de terem praticado infrações penais. O princípio da dignidade da pessoa humana, como epicentro da ordem jurídica constitucional, determina que a atividade policial se realize da forma menos intrusiva possível dos direitos das pessoas submetidas à sua atuação, sendo uma obrigação fundamental da Polícia assegurar a proteção à vida e à integridade física e psíquica das pessoas que se achem sob sua custódia ou proteção. Esse aspecto emana do próprio art. 144, *caput*, da CRFB/1988, que prevê como função da Polícia a proteção da incolumidade das pessoas (inclusive das pessoas sujeitas à sua intervenção)³³⁴. Também deriva de tratados internacionais, como, por exemplo, o art. 2º do Código de Conduta da ONU para os responsáveis pela aplicação das leis, que prevê que “no cumprimento do seu dever, os responsáveis pela aplicação das leis devem respeitar e proteger a dignidade humana e defender e proteger os direitos fundamentais de toda pessoa”, inclusive e especialmente da pessoa submetida à abordagem policial.

Isso significa que, no âmbito da atividade de investigação criminal, o investigado não é um objeto da investigação, mas um sujeito de direitos. A proibição de coisificação do investigado é uma derivação direta do princípio da dignidade da pessoa humana³³⁵. Portanto, sua participação na investigação não deve ser instrumentalizada para ser

³³⁴ Valente, 2009b:150, indica como princípio semelhante ao que apontamos, o “princípio do respeito dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”.

³³⁵ Essa é a perspectiva central do conceito de dignidade da pessoa humana, conforme idealizado por Kant, 2004a:59: “os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja,

vista apenas como uma fonte de informações para produção da própria condenação, de sorte que o interrogatório e outras participações do investigado devem adquirir, no paradigma do Estado de Direito, a conotação de uma oportunidade de participação na investigação. Ainda assim, há situações em que é possível a realização de restrições de direitos fundamentais do investigado (revistas pessoais, buscas domiciliárias, prisão, controle de identificação, uso da força para assegurar a execução das diligências, condução coercitiva para atos, apreensões de bens ligados à prova do crime, restrições em sua comunicação telefônica *etc.*). Todas essas diligências devem ser executadas com a consciência de que se está realizando uma restrição de direitos em nome da realização de outros interesses que concretamente se mostram superiores (que poderiam ser resumidos em assegurar a eficiência do procedimento penal, que também é um valor constitucional relevante) e que, portanto, para que tais restrições se mostrem legítimas, devem necessariamente respeitar o princípio da proporcionalidade.

O dever policial de respeito à dignidade do abordado é um princípio geral de vedação de arbitrariedades na atividade policial, um dever de abstenção de atos de abuso de autoridade. Impõe o tratamento respeitoso e profissional ao abordado, consistindo um verdadeiro dever de cortesia³³⁶. Sendo a cortesia o ponto de partida da interação policial, é possível que esse dever de cortesia seja substituído pela necessidade de uso da força em situações excepcionais; todavia, mesmo quando o uso da força é necessário, impõe-se um dever de atuação profissional, com o uso da força no estrito limite do necessário, levando-se em consideração as eventuais debilidades do abordado (estado de embriaguez, transtorno mental, excitação decorrente do crime, abalo psicológico) e uma atuação estritamente impessoal e não desnecessariamente desrespeituosa. Conforme o art. 1º do Código de Conduta da ONU para os responsáveis pela aplicação das leis, a atividade policial exige um “alto grau de responsabilidade”. Ainda quando a Polícia está legalmente autorizada a utilizar a força contra um cidadão, esse uso da força não a autoriza a menosprezar a dignidade da pessoa submetida à intervenção policial. Portanto, o uso de palavras depreciativas e arrogantes deve ser absolutamente proscrito da atividade policial, em

como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo arbítrio (e é um objeto de respeito)”.

³³⁶ G.M. Silva, 2001:108, indicando que a cortesia policial é um pressuposto da atuação com virtude. Também indicando o dever de cortesia, ver art. 7.2 do Código Deontológico do Serviço Policial de Portugal (Diário da República, n. 50, Série I-B, 28 fev. 2002).

favor de uma atuação sempre profissional e respeitosa³³⁷. Se uma atuação de plena cortesia seria uma “doce utopia”, ao menos uma proibição de desrespeito é cogente para todas as situações; as diligências policiais não podem exceder em humilhação àquilo que já é essencial da própria diligência coercitiva. O policial é um profissional da segurança e deve estar devidamente preparado para lidar com as situações extremas inerentes à sua atividade sem envolver-se emocionalmente com elas, sem ceder à tentação de responder à violência com a mesma moeda; há o dever de assegurar a “superioridade moral do Estado” diante do crime³³⁸. Por consequência, a presunção de inocência é uma vedação de submissão do investigado a atos vexatórios desnecessários, uma proscrição das “cerimônias degradantes” na atividade policial, já que a Polícia deve ser um meio para a justiça criminal, e não a justiça em si³³⁹.

Esse princípio impede considerar o delinquente como um “inimigo”, mas sim como um cidadão que cometeu um desvio criminal, que deverá ser responsabilizado por esse desvio e, ainda que venha receber uma pena privativa de liberdade, ao final dessa responsabilização possui uma data marcada para seu reencontro com a sociedade e, portanto, a atuação policial deve também pautar-se por essa perspectiva de futura ressocialização do delinquente. Ainda que a Polícia lide diariamente com o “mal moral” (o comportamento não virtuoso dos homens, o crime), ela não pode se contaminar com esses valores, a Polícia não pode se barbarizar diante da barbárie, não pode normalizar o uso da violência, não pode perder a fé na dignidade da pessoa humana³⁴⁰.

³³⁷ Sobre a atuação profissional de respeito do policial, merece ser chamada à colação a lição de Bittner, 2003:288-9: “Seria entretanto tolice esperar que todos os policiais fossem idealistas, assim como seria tolice esperar que todos os professores tivessem interesse genuinamente simpático em relação a crianças. Mas professores não têm permissão para ostentar seu desprezo pelas pessoas, nem mesmo por pessoas que são desprezíveis. Desse modo, a hipocrisia é colocada a serviço da virtude. *Mas, entre os policiais, frequentemente se assume que é apropriado manter-se uma atitude de cinismo em relação à vida humana.* Tal atitude deve ser superada, não apenas no interesse da virtude, mas também no interesse da eficácia. Ter interesse na vida humana, especialmente naqueles aspectos da vida que necessitam de alguém que se interesse – como pobreza, discriminação, racismo e exploração – não significa realizar algo para resolvê-los. Significa tão somente se juntar à luta para resolvê-los” (grifo nosso).

³³⁸ Gössel, 2001:§131; Hassemer, 1998:29.

³³⁹ Garfinkel, 1956, referindo-se a procedimentos ritualizados nos quais um indivíduo é condenado e despojado de sua identidade, e recebe uma nova identidade degradada. Sobre a estigmatização social decorrente dessas cerimônias e suas relações com a “identidade do eu”, ver Goffman, 1988. Sobre a teoria do etiquetamento (*labelling approach*), v. J.F. Dias e Andrade, 1984:311 *et seq.*; Baratta, 2002:85 *et seq.*; V.R.P. Andrade, 2003:198 *et seq.*

³⁴⁰ Indicando esse dilema e o risco da dúvida do valor da dignidade da pessoa humana em sua atividade: G.M. Silva, 2001:87.

Se o investigado possui algum nível de debilidade de saúde e está sob guarda de forças policiais, o respeito à dignidade impõe a obrigação estatal de zelar por sua saúde, tomando-se as medidas necessárias para assegurar a prestação dos cuidados médicos necessários. Se ele possui uma incapacidade que impeça sua responsabilização criminal (seja merecedor de medida de segurança e não de pena em sentido tradicional³⁴¹), deve ser tratado de forma a preservar seus interesses de recuperação no âmbito da investigação criminal. Para tanto, devem ser feitas parcerias entre as instituições do Sistema de Justiça Criminal com órgãos de saúde e serviço social, de forma a acelerar uma intervenção terapêutica sobre o investigado incapaz; da mesma forma, as medidas cautelares pessoais devem privilegiar a sua recuperação (internamento psiquiátrico ou outra forma de tratamento adequado)³⁴².

Finalmente, o dever policial de respeito à dignidade do investigado também abrange o dever de respeito aos direitos fundamentais do investigado cuja restrição seja constitucionalmente qualificada por uma reserva de jurisdição. É o caso da inviolabilidade da liberdade de locomoção fora das situações de flagrante delito ou ordem judicial (CRFB/1988, art. 5º, LIX), da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), e da inviolabilidade das correspondências e da comunicação telefônica (art. 5º, XII) e outras.

2.2.2.2 Proscrição de maus tratos na atividade policial

De todo o arcabouço de garantias a direitos humanos consagrados em tratados internacionais e na própria CRFB/1988, a vedação à violência e arbitrariedade realizadas na atividade de persecução penal são garantias que claramente possuem o *status* de fundamentalidade. Todavia, há um princípio que provavelmente mais se aproxima da essência da proscrição à violência policial: é a vedação de tratamento desumano ou cruel. Essa norma consta da CRFB/1988, art. 5º, III, que estabelece: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Também consta do art. 5.2 da CADH (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 678/1992), segundo o qual: “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

³⁴¹ Ainda que se possa questionar se medida de segurança não acabe comportando em termos práticos um forte caráter punitivo...

³⁴² Sobre a proteção do réu ou investigado portador de doença mental, ver Chiavario, 2009:184.

Tais normas são uma síntese do princípio maior de proscrição de arbitrariedades na atividade policial. Trata-se de uma vedação constitucional da truculência policial.

Este direito fora enunciado em inúmeros tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da ONU de 1948, em seu art. 5º, que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Em sentido semelhante o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) da ONU de 1966, art. 10.1, também estabelece que “todos os indivíduos privados da sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana”. Disposições semelhantes quanto à vedação de tratamentos desumanos e cruéis também constam de outros tratados em relação aos quais o Brasil não é signatário, como o art. 3º da CEDH de 1950, e de inúmeras constituições de outros países³⁴³.

Uma proteção adicional está prevista no art. 16.1 da Convenção contra a Tortura e outros tratamentos desumanos e cruéis (CT) da ONU de 1984 (promulgada no Brasil pelo Decreto n. 40/1991), que estabelece: “cada estado Parte se comprometerá a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no Artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”³⁴⁴.

³⁴³ Waldron, 2010:276-7, faz referência às Constituições da África do Sul (art. 12.1), o *Bill of Rights* da Nova Zelândia (Act 1990, seção 9 e 23.5), a Carta Canadense de Direitos e Liberdades, art. 12, e a Oitava Emenda à Constituição dos EUA, além de outras reproduções da regra em constituições estaduais, como a do Estado de Nova Iorque (art. 1.5) e do Estado do Texas (art. 1.13). No mesmo sentido é o art. 25 da Constituição da República Portuguesa de 1976: “(1) A integridade moral e física das pessoas é inviolável. (2) Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.” Disposição semelhante relativa à proibição de penas cruéis ou incomuns consta da 8ª Emenda à Constituição Estadunidense.

³⁴⁴ O conceito de tortura é dado pelo art. 1.1 da CT: “Para os fins da presente Convenção, o termo ‘tortura’ designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”. Todavia, o conceito do crime de tortura previsto na Lei n. 9.455/1997: “Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou

Da mesma forma, a Convenção de Genebra IV, relativa à proteção de pessoas civis em tempo de guerra, estabelece em seu art. 3º que os civis (e mesmo os militares que no momento não estiverem em atividade bélica) devem ser tratados com humanidade e sem discriminação, sendo vedados a tortura e os tratamentos cruéis, degradantes e humilhantes³⁴⁵. No mesmo sentido é o art. 5º do Código de Conduta da ONU para os responsáveis pela aplicação das leis³⁴⁶.

Cada vez mais os tratados internacionais e as jurisdições encarregadas de sua aplicação possuem relevância para a construção dos significados no direito interno. O fenômeno de internacionalização de *standards* mínimos (e cada vez mais menos mínimos e mais cogentes) de proteção de direitos fundamentais tem gerado uma modelação do direito processual penal interno à luz dos princípios desenvolvidos na esfera comunitária e internacional³⁴⁷.

A vedação de tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes, como argumenta Waldron, consiste em um cordão sanitário à volta da tortura³⁴⁸. A tortura é uma doença tão séria ao Estado de Direito que não basta apenas não se contaminar com ela, é necessário afastar-se de quaisquer atos se que assemelhem de longe com ela, e que tenham eventualmente o risco de

medida de caráter preventivo”. Pela redação da CT, o fato de a dor ou sofrimento ser aplicado por funcionário público já configura por si só ato de tortura, enquanto a tipificação legal da conduta na Lei n. 9.455/1997 passa a exigir a presença de outras finalidades específicas, de sorte que se a tortura for praticada sem a presença de outras finalidades (v.g., apenas pelo prazer sádico de torturar), tecnicamente a conduta não se amoldará ao tipo legal (exceto por interpretações elásticas, sempre complicadas quanto à legalidade penal estrita).

³⁴⁵ Conferir: “No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições: 1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo. Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas: a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios; b) A tomada de reféns; c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes; d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados”.

³⁴⁶ Conferir: “nenhum responsável pela aplicação das leis pode infringir, suscitar ou tolerar um ato de tortura ou qualquer outra pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante, nem pode invocar uma ordem de seus superiores ou circunstâncias excepcionais, assim como um estado de guerra ou uma ameaça de guerra, uma ameaça contra a segurança nacional, a instabilidade política interna ou todo outro estado de exceção para justificar a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis”.

³⁴⁷ Sobre a relevância do direito internacional e comunitário para a construção dos significados do direito processual penal interno, ver comentários em Guinchard e Buisson, 2009:78; Vogler, 2008.

³⁴⁸ Waldron, 2010:277

evoluir para ela. Não basta fugir da tortura, deve-se fugir também do risco de tortura e para tanto a vedação de tratamento desumano, cruel ou degradante joga um papel importante.

A vedação da tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes é peremptória nos tratados internacionais, estabelecendo-se que mesmo em situações de emergência não é admitido o recurso a tais expedientes. Isso significa que não é possível a realização de ponderações desses direitos fundamentais com outros direitos fundamentais, que são erigidos como limite absoluto à ação estatal. Essa assertiva aparentemente entraria em colisão com a afirmação da moderna teoria dos direitos fundamentais, segundo a qual não é possível afirmar de antemão que determinados direitos fundamentais são absolutos pois todos os direitos fundamentais seriam relativos e se limitariam reciprocamente pelo princípio da proporcionalidade, de sorte que uma relação de precedência ordenada entre diversos direitos fundamentais seria construída não de forma abstrata, mas de forma concreta e à luz dos valores envolvidos no caso concreto³⁴⁹. Ocorre que essas previsões de proibição da tortura são, em última análise, o núcleo essencial da própria dignidade da pessoa humana e esta, como epicentro do ordenamento jurídico e síntese do próprio conjunto de direitos fundamentais, não admitiria supressão. Isso significa que, virtualmente não se vislumbram situações que legitimariam a tortura ou tratamentos desumanos, pois tais tratamentos são em si mesmos a coisificação máxima do ser humano e, portanto, violam a própria lógica protetora do ordenamento jurídico como um todo. Não se pode argumentar que em situações extremas, como no caso das *ticking bombs*, o ato não seria desumano por estar justificado por finalidades nobres, pois nessas situações a humilhação da pessoa é um instrumento para a obtenção de informações, uma pessoa é tratada de forma desumana para assegurar um benefício a outras pessoas, o que é inadmissível no Estado de Direito³⁵⁰. Nesse sentido, o art. 2.2 da CT prevê que: “Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência como justificação para tortura”.

³⁴⁹ Por todos, ver Alexy, 2002:291, para o qual o núcleo essencial significa apenas que “existem condições nas quais se pode dizer com muita alta segurança que não há precedência de nenhum princípio oposto” e que “o caráter absoluto de sua proteção é uma questão das relações entre os princípios”.

³⁵⁰ Nesse sentido, Waldron, 2010:297-8, argumenta que algemar uma pessoa sem necessidade é humilhante, mas se há a necessidade (para proteger outras pessoas), então não seria humilhante (*rectius*, seria uma restrição à dignidade admissível). Contudo, tal raciocínio não pode ser trasladado para a hipótese de interrogatório mediante métodos humilhantes (como barbear uma pessoa *Sikh* para humilhá-la e reduzir sua capacidade de resistência ao interrogatório, ao argumento que tal método é necessário para salvar inúmeras outras pessoas), pois enquanto no

As expressões “tratamento desumano ou cruel” são expressões jurídicas indeterminadas. Elas apontam em um sentido, mas nem sempre dão soluções concretas para problemas concretos. Waldron considera que não se tratam de regras, mas de *standards*. Preferimos considerar que se tratam de princípios, cuja vaguides nem sempre aponta claramente a solução concreta, mas cuja estrutura permite arquitetar uma lógica de estruturação do direito que será de extrema valia tanto para afastar soluções que claramente não se encaixam no conceito do princípio, como para construir interpretações que permitam uma maior aproximação possível com o ideal delineado pelo princípio. Nas palavras de Alexy, os princípios são mandados de otimização, que devem ser realizados na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto³⁵¹. Assim, o fato de tais expressões serem relativamente indeterminadas não deve ser fator impeditivo para delas retirar uma carga jurídica que já permita assegurar-lhes uma eficácia mínima³⁵².

Considerando que esse princípio é informador de toda a atividade policial, que por definição é uma atividade de restrição de direitos fundamentais, vejamos algumas possíveis concretizações que tais subprincípios previstos no art. 5.2 da CADH podem ensejar para a atividade policial.

(i) Vedação de tratamento cruel

Os léxicos atribuem à palavra “cruel” uma diversidade de significados. Entre os principais estão a imposição consciente de um sofrimento a outrem, o ato de ter prazer ou indiferença com o sofrimento alheio e ausência de compaixão³⁵³. Em síntese, à luz da expressão “cruel”, conclui-se que é inapropriado ter prazer com o sofrimento alheio ou estar-lhe indiferente e, ao contrário, seria apropriado ter consideração e solidariedade com o sofrimento alheio.

caso das algemas sua colocação não é para finalidades humilhantes (como fim em si), nesse caso o barbear do prisioneiro é feito exatamente para o humilhar, o que necessariamente afasta a legitimidade da ação estatal.

³⁵¹ Alexy, 2002:89 e 133. Ver comentários abaixo no item 2.2.2.5 sobre o princípio da proporcionalidade.

³⁵² Aliás, como lembra Waldron, 2010:281, as expressões relativamente indeterminadas constantes de tratados internacionais devem receber uma progressiva densificação mediante a atividade interpretativa dos tribunais, que consolidam seu sentido mediante a atividade continuada da jurisprudência, criando assim o costume em direito internacional público. Segundo G.M. Silva, 2001:122, “a expressão ‘pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante’ não foi definida pela Assembléia Geral mas deve ser interpretada de maneira a assegurar uma proteção tão larga quanto possível contra todo o abuso, quer tenha caráter físico ou mental”.

³⁵³ Segundo o Moderno Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa *online*, “cruel” possui o seguinte significado: “1 Que se compraz em ver ou em causar sofrimento. 2 Despiadoso, desumano, sanguinário. 3 Que aflige, que tortura.

Os aspectos ligados à consideração da crueldade são especialmente significativos quando se está na esfera das sanções penais, pois a punição é necessariamente a aplicação de uma dor (a restrição de algum direito) como consequência da violação de uma norma. Todavia, aqui novamente a pena cruel deve ser interpretada como a aplicação de uma punição além do necessário para a finalidade da pena ou sem proporção com o fato praticado. Quando houver uma intervenção policial sobre um suspeito de um crime, essa intervenção não pode ser cruel, ou seja, não é admissível que a intervenção aflija uma dor ou sofrimento maior que o necessário para sua realização nem pode ser desproporcional aos seus pressupostos. A atitude de um policial de externar prazer quanto à dor sofrida por um suspeito, ainda que legítima a dor sofrida, também pode ser qualificada como um tratamento cruel, já que humilhante³⁵⁴. Daí retira-se um grande desafio para o exercício da atividade policial: trata-se de uma profissão que lida diariamente com o uso da força e, portanto, potencialmente com a aplicação de algum nível de dor ou sofrimento às pessoas, mas que não pode em momento algum externar prazer no uso da força.

Enquanto desumano e degradante são adjetivos ligados à vítima (a proibição de desconsiderar os valores positivos intrínsecos à vítima) a crueldade está ligada ao agressor e à caracterização de sua ação (uma proibição de abrir espaço para valores negativos na conduta do agente³⁵⁵).

4 Doloroso: *Sofrimento cruel*. 5 Sanguinolento: *Guerra cruel*. 6 Duro, insensível, intratável: *Chefe cruel*. 7 Rigoroso, severo”.

³⁵⁴ Aqui falamos apenas nas atitudes externas, já que o direito não pode pretender regulamentar as atitudes internas e subjetivas (o que fica reservado para a moral e a religião). Assim, por exemplo, se um policial usa da força necessária para fazer cessar uma resistência à prisão legal e, após utilizar a força, passa a proferir palavras de chacota relativas às agressões legalmente sofridas pelo preso, estará infligindo um tratamento cruel ao preso. Ainda que intimamente o policial tenha tais sentimentos, lhe é vedado externar palavras (ou atitudes) de prazer quanto à dor sofrida pela pessoa sujeita à intervenção policial.

³⁵⁵ Não possível um tratamento degradante de um animal (pois não há uma dignidade intrínseca nos animais – ao menos não na perspectiva que é dada aos seres humanos), mas é perfeitamente possível um tratamento cruel com animais (pois aqui se considera a ação do agressor de infligir dor desnecessária e com desconsideração). Ver Waldron, 2010:301. No mesmo trecho, Waldron argumenta que, considerando que a expressão “cruel” não se refere às características da vítima, mas à análise objetiva da conduta do agressor (infligir dor com desconsideração pela vítima), a expressão “cruel” não deveria ser analisada como uma violação à dignidade humana (já que é possível crueldade contra animais). Parece-nos, todavia, que a proscrição da crueldade nas ações estatais representa um padrão de integridade estatal que impõe que o próprio Estado aja de acordo com um padrão objetivo de respeito à dignidade da pessoa humana. Aqui, parece-nos que há uma ligação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Também há uma ligação com a ideia de integridade, na medida em que há uma proibição de que o agente estatal viole a sua própria dignidade ao se permitir agir de forma cruel.

(ii) Vedação de tratamento desumano

Segundo Waldron, “o termo ‘desumano’ parece referir-se à ausência de algo ligado à nossa humanidade comum, ou a presença de algo estranho à ela”³⁵⁶. Pode estar ligado à ação desumana ou ao sofrimento desumano. Todavia, o uso ordinário da palavra está mais ligado à ação desumana que propriamente ao sofrimento em si³⁵⁷. Assim, novamente o termo se aproxima do conceito de cruel, na perspectiva de consideração da impropriedade da atitude do agressor.

Ainda assim, a expressão “desumano” possui uma dupla acepção: a perspectiva da vítima e a perspectiva do agressor. Na perspectiva da vítima, um tratamento é desumano quando se trata a vítima de forma a desconsiderar a sua dignidade intrínseca, expondo-a a uma dor ou sofrimento que um ser humano não poderia, ou não deveria, estar sendo exposto, pois tal exposição viola o valor inerente ao homem. Pressupõe-se que o ser humano possui um limite e outra pessoa fez-lhe superar tal limite, forçando-o a uma situação insuportável. Na outra perspectiva do agressor, uma ação é desumana quando seu agente atua de forma a afastar-se dos parâmetros éticos inerentes ao ser humano, ou seja, inflige dor e sofrimento de forma voluntária e com insensibilidade aos seus efeitos a terceiros, violando um padrão (pressuposto como) natural de empatia e solidariedade com o próximo. Obviamente o conceito de humano e desumano estão impregnados de valores éticos, pois, em última análise, o homem que pratica atos desumanos ainda mantém-se como um ser humano³⁵⁸.

O conceito de desumano não está apenas ligado à imposição de sofrimento: sempre que alguém desrespeita as necessidades básicas do corpo humano, há um tratamento desumano. Assim, por exemplo, a violação das necessidades básicas de dormir, defecar, urinar, a necessidade de exposição à luz solar, exercícios e mesmo a necessidade de companhia humana.

(iii) Vedação de tratamento degradante

³⁵⁶ Waldron, 2010:304.

³⁵⁷ Segundo o Moderno Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa *online*, “desumano” possui o seguinte significado: “1 Que não é humano. 2 Que denota crueldade; bestial, cruel, feroz”.

³⁵⁸ Paradoxalmente, apenas os humanos podem praticar atos desumanos: uma animal que destroe uma pessoa não estará praticando um ato desumano. Trata-se de uma forma de comportamento no qual uma pessoa age sem respeitar a dignidade de outra pessoa.

Degradante é uma expressão que está ligada precipuamente ao desrespeito de predicados inerentes à vítima. É possível imaginar que o comportamento do agressor seja degradante para ele mesmo (por ele mesmo violar sua humanidade), mas via de regra a consideração centra-se aqui sobre a vítima. Considera-se que a vítima possui um grau elevado de dignidade, mas o tratamento desconsidera esse grau e rebaixa-o, degrada-o³⁵⁹.

A expressão degradante possui uma íntima ligação com o conceito de dignidade da pessoa humana. Significa reconhecer que todos possuem um valor intrínseco e que tratar uma pessoa de forma a desrespeitar tal valor intrínseco seria degradar tal pessoa, ultrajá-la, desrespeitá-la. Pode-se imaginar que um rei possui uma dignidade e tratar um rei como cidadão comum seria degradá-lo, ou ainda tratar um professor universitário da mesma forma que um estudante seria rebaixar o grau dessa pessoa. Todavia, a perspectiva moderna de dignidade humana parte de uma premissa de igualdade do gênero humano, de elevação de seu valor a um *standard* de dignidade comum à espécie humana³⁶⁰.

Waldron propõe quatro categorias explicativas do conceito de degradação da dignidade humana³⁶¹:

a) bestialização: toda vez que uma pessoa é privada de seu alto (e idêntico) valor de ser humana e é tratada como se fosse um animal³⁶².

³⁵⁹ Segundo o Moderno Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa *online*, “degradante” possui o seguinte significado: **1** Rebaixar na dignidade, graduação ou categoria; degradar. *vt* **2** Destituir ignominiosamente do grau, dignidade ou cargo; exautorar. *vt* e *vpr* **3** Aviltar(-se), tornar(-se) desprezível: *A embriaguez degrada o procedimento*. “Aníbal, vencido das mulheres, degrada-se” (Camilo Castelo Branco). [...]. Interessante observar como a possibilidade de utilização do verbo na forma reflexiva, o que indica que é possível que a própria pessoa se degrade (o que ainda possibilita alguma utilização da expressão referindo-se ao agressor).

³⁶⁰ Waldron, 2010:309, argumenta como o conceito moderno de dignidade passou por uma elevação do status de tratamento, de sorte que a dignidade que antes era reservada apenas à nobreza passou a ser estendida a toda a população, de sorte que os antigos tratamentos degradantes aos baixos escalões sociais passaram a ser inadmissíveis. Parte da premissa que todos os seres humanos partilham de um valor inerente, superior ao dos animais e inferior ao dos anjos.

³⁶¹ Waldron, 2010:310-311.

³⁶² Waldron, 2010:310, ilustra a bestialização: “por exemplo, um humano é degradado por ser alimentado como um animal, usado como animal de carga, agredido como um animal, conduzido como se fosse parte de um rebanho, tratado como se não tivesse uma linguagem, razão ou compreensão, ou outras faculdades de auto-controle. Ou poderia incluir tratar uma pessoa como se ela não tivesse vida religiosa ou senso de obrigação religiosa, ou como se esse ser humano fosse um dos animais que estão indiferentes à separação de sua prole ou parceira. Também deve incluir casos de ultraje pós-morte: comer carne humana, por exemplo, ou não providenciar um enterro adequado, ou vilipendiar um cadáver”. Também poderíamos acrescentar ser uma pessoa obrigada a violar seu senso de pudor ou santidade. Esse conceito de bestialização impõe uma reflexão sobre a forma como os presos são

b) instrumentalização: segundo Kant, a humanidade é um fim em si mesma, sendo vedado usar outras pessoas como meio para finalidades alheias.

c) infantilização: um adulto é responsável por sua própria pessoa de uma forma que as crianças não são, pois devem ser cuidadas por terceiros. Nessa perspectiva, retirar de uma pessoa a possibilidade de se autogovernar, ou obrigá-la a agir como se fosse uma criança é uma forma de degradá-la.

d) demonização: uma pessoa não pode ser tratada como a personificação do mal, algo a ser meramente eliminado ou desconsiderado. Ainda que uma pessoa tenha praticado crimes sérios ou seja vista como um perigo à sociedade, ainda assim preserva seu caráter inato de ser humano e, como tal, sua dignidade.

Todos esses parâmetros relativos à vedação de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, apesar de serem expressões abertas cuja definição total não é diretamente extraível do texto normativo, são expressões que já permitem o clareamento de um norte para a atividade interpretativa. Especialmente no âmbito criminal, onde pessoas são detidas, submetidas a interrogatórios (no qual normalmente o interrogador deseja obter informações e as qualifica como importantes), no qual estarão indefesas perante uma ação do Estado, é relevante ter sempre em mente princípios maiores que guiem a ação criminal e permitam afastar determinadas condutas que claramente não se enquadram nesses parâmetros. Tais razões mais abstratas são úteis para justificar a existências de outras disposições mais concretas, para guiar a sua interpretação e para permitir a evolução dos regramentos concretos à luz dos princípios gerais.

2.2.2.3 Segue: Jurisprudência do TEDH sobre a proscrição de maus tratos na atividade policial

Referidas normas de tratados internacionais sobre a proscrição de maus tratos por agentes do Estado, em vigor no Brasil, são idênticas às normas da CEDH. O TEDH tem se utilizado especialmente de dois dispositivos da CEDH para realizar o controle da atividade policial: a proteção ao direito à vida, prevista no art. 2º da CEDH; e a vedação de maus

tratados, especialmente a obrigação dos presos de sempre andarem de cabeças baixas quando conduzidos por policiais, justificada como uma técnica de condução, mas que se assemelha a um tratamento de animais (uma verdadeira *capitis diminutio* do valor intrínseco do preso).

tratamentos, prevista no art. 3º da CEDH³⁶³. A partir de tais disposições, o TEDH tem desenvolvido toda uma jurisprudência que procura densificar o conceito de tais tratamentos cruéis, mediante a incorporação de outros conceitos já reconhecidos em outras legislações e mediante a progressiva sedimentação de seus significados, bem como tem se desenvolvido uma gama de princípios, presunções e conceitos sobre quando uma ação do Estado pode ser considerada uma violação das cláusulas previstas nos arts. 2º e 3º da CEDH³⁶⁴.

Esses princípios construídos pelo TEDH, apesar de não terem eficácia direta no contexto brasileiro, são subsídios importantes para a solução de problemas ligados à violência policial também no Brasil, pois a vedação de tratamento desumano ou degradante prevista no art. 3º da CEDH, possui redação idêntica à do art. 5.2 da CADH (este ainda acrescenta a vedação de tratamentos cruéis), que por sua vez está integrada ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme o Dec. n. 678/1992, bem como repetido de forma similar no art. 5º, III, da CRFB/1988³⁶⁵. Já o direito à vida, previsto no art. 2º da CEDH, também está previsto genericamente no art. 4.1 da CADH e no art. 5º, *caput*, da CRFB/1988; todavia, a redação da CEDH é nesse ponto mais rica, pois positiva exceções ao direito à vida que estão relacionadas de forma mais genérica com o uso da força pelos agentes de aplicação da lei do Estado. Ainda assim, tais exceções previstas na CEDH e não explicitamente previstas na constituição brasileira nada mais são que uma aplicação concreta do princípio da proporcionalidade e, portanto, também fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, considerando que o substrato normativo relacionado à proscrição de tratamento desumano ou degradante e à proteção ao direito à vida é idêntico no Brasil e no âmbito da CEDH, conclui-se que a jurisprudência do TEDH sobre tais conceitos jurídicos é um

³⁶³ Conferir: “Art. 2º - Direito à vida. 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei. 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição. Art. 3º - Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

³⁶⁴ Apenas no mês de outubro de 2011 o TEDH julgou 12 casos relativos *police brutality*. Ver relação em Giliberto, 2011. Para mais comentários sobre essa jurisprudência, ver Cameron, 2005; I.C. Barreto, 2003.

³⁶⁵ A utilização de decisões proferidas por em uma determinada jurisdição como argumentos para decisões por cortes em outras jurisdições tem sido uma prática relativamente comum na interpretação de disposições relativas a tratados de direitos humanos, cujos enunciados acabam por ser repetidos em diversas jurisdições nacionais. Esse conjunto de decisões acaba por consolidar um costume em direito internacional público. Citando várias hipóteses em que cortes estadunidenses citaram precedentes do TEDH, hipóteses em que o TEDH citou precedentes estadunidenses, ou ainda hipóteses em que outros países (como a Nova Zelândia) citaram precedentes tanto do TEDH como estadunidenses, ver Waldron, 2010:286.

relevante subsídio argumentativo à solução dos problemas relacionados à atividade policial também no Brasil.

Em relação à proteção à vida, o art. 2º da CEDH estabelece:

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.
2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:
 - a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;
 - b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;
 - c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.

Quanto a esse direito à vida, o TEDH entende que a interpretação da CEDH e suas disposições deve ser interpretada e aplicada de forma tal que assegure que suas garantias sejam práticas e efetivas³⁶⁶. O direito à vida e a vedação de maus tratos são reconhecidos como sendo os direitos mais fundamentais no âmbito da CEDH (especificamente o direito à vida é um direito que em tempos de paz não admite derrogações à luz do art. 15) e que constitui, portanto, um valor básico de sociedades democráticas, de sorte que a interpretação desse artigo deve ser construída de forma estrita³⁶⁷.

O TEDH interpreta que as exceções previstas no art. 2.2 da CEDH, relativas à excepcionalidade da restrição ao direito à vida, não são uma justificativa para matar intencionalmente uma pessoa, mas é uma autorização mais genérica ao uso da força pelos órgãos de aplicação da lei, que pode ter como resultado não desejável a privação da vida de uma pessoa. Assim, o uso da força deve ser reconduzido ao requisito de absoluta necessidade para se atingir um dos objetivos indicados na exceção normativa³⁶⁸. De forma mais geral, o uso da força contra

³⁶⁶ Nesse sentido: TEDH, *Soering vs. UK*, 7 jul 1989, § 87, e *Loizidou vs. Turquia*, 23 mar. 1995, § 72.

³⁶⁷ TEDH, *McCann et al. vs. UK*, 27 set. 1995, § 147 e *Soering vs. UK*, 7 jul 1989, § 88.

³⁶⁸ TEDH, *Stewart vs. UK*, 10 jul 1984; *McCann et al. vs. UK*, 27 set. 1995, § 148.

uma pessoa apenas pode ser utilizado se for necessário e proporcional às circunstâncias do caso concreto³⁶⁹.

Mesmo em situações extremas de risco a outros interesses coletivos, o TEDH mantém a absoluta excepcionalidade do uso da força letal, sob pena de responsabilidade do Estado pelo excesso. Um caso emblemático para ilustrar essa posição do TEDH é o caso *McCann*³⁷⁰.

Nesse caso havia uma suspeita, vinda do sistema de inteligência do Reino Unido, de que haveria um ataque terrorista em Gibraltar, por três pessoas específicas, mediante uma bomba em um carro. Esses suspeitos eram pessoas já com condenações criminais por envolvimento com o IRA em atividades ligadas a explosivos e eram portanto peritos sobre explosivos. Uma equipe militar foi destacada para Gibraltar para evitar o ataque, alguns dias antes do dia suspeito para o ataque, as três pessoas suspeitas foram vistas ingressando em Gibraltar e após indo até um parque em um carro com uma antena maior que o usual (suspeito, por isso, de contar uma bomba). Os suspeitos estacionaram no parque e dirigiram-se para a área de comércio, separando-se em um casal para um lado e um indivíduo para outro lado. Os soldados, suspeitando que eles estivessem com um possível detonador de bombas, realizaram a abordagem e, diante de uma reação de surpresa à abordagem (o homem do casal olhou para trás e abaixou a mão, a mulher puxou a bolsa para perto do corpo, e outro homem sozinho virou bruscamente ao ser ordenada sua parada) os policiais abriram fogo contra os suspeitos, com vários disparos até assegurar-se que haviam morrido e não poderiam acionar o suposto detonador de bombas (vários disparos na área da cabeça). Algumas testemunhas civis, todavia, divergem sobre as alegadas reações suspeitas. Ao verificar-se que os suspeitos estavam mortos, foi realizada uma revista corporal, não sendo identificados quaisquer armas ou detonadores, bem como no carro suspeito, não se localizando qualquer bomba. Todavia, na bolsa de um dos suspeitos localizou-se o documento de um veículo, dentro do qual se localizou a chave e documento de outro veículo, que foi localizado em Marbella (Málaga), e verificou-se que em seu interior havia 64 Kg de explosivos. Quanto às investigações dos disparos, os policiais locais não asseguraram a preservação do local para uma perícia minuciosa, retiraram as roupas dos

³⁶⁹ TEDH, *Rehbock vs. Eslovênia*, acórdão n. 29462/95, § 76; *Altay vs. Turquia*, acórdão n. 22279/93, 22 maio 2001, § 54.

³⁷⁰ TEDH, *McCann vs. UK*, 27 set. 1995.

cadáveres antes do exame pelos peritos (impedindo o auxílio da análise das roupas para estabelecer o sentido dos disparos nas feridas), não foram feitas fotografias dos corpos nem outros exames balísticos no local. No processo que se seguiu, houve um requerimento do Governo de segredo de Estado quanto à identidade das testemunhas e suas atividades.

A perícia concluiu que a vítima 1 foi atingida no rosto e posteriormente nas costas quando estava caindo, num total de 8 disparos. A vítima 2 foi atingida nas costas e após na cabeça quando já estava no chão. A vítima 3 recebeu vários tiros tanto pela frente quanto pelas costas, e após recebeu alguns tiros na cabeça quando já estava no chão. Os policiais depuseram que quando iniciaram a disparar suas armas de fogo, sua intenção era continuar a disparar até que a pessoa não fosse mais uma ameaça, tendo um dos policiais reconhecido que a melhor forma de assegurar que a pessoa não era mais uma ameaça seria ter certeza que ela já estava morta.

No julgamento o TEDH entendeu que os soldados que efetuaram os disparos com intenção de matar, acreditavam sinceramente que o estavam fazendo para evitar o risco iminente de que os suspeitos detonassem a suposta bomba, causando sérias perdas de vidas; portanto os soldados não deveriam ser responsabilizados por crime³⁷¹. Todavia, também reconheceu, por dez votos contra nove, que houve falhas da condução da operação de prisão dos suspeitos, pois se permitiu o ingresso dos suspeitos no território de Gibraltar quando eles poderiam ter sido detidos já na imigração, não se considerou que algumas das informações de inteligência sobre o possível ataque terrorista poderiam ser equivocadas, houve um hiperdimensionamento do risco da presença de um carro bomba em situação não efetivamente comprovada, tudo criando um cenário de uso iminente da força letal sem os cuidados necessários para se construir tal cenário extremo. Também se reconheceu que havia uma política de treinamento dos policiais de *shoot to kill* em relação a suspeitos de terrorismo, que condicionou sua atuação. Todas essas falhas conjuntas criariam uma situação de violação não legítima do art. 2.2 da CEDH. Já os votos vencidos ponderaram que os policiais estavam trabalhando com informações incompletas de inteligência da atividade terrorista, que havia um risco elevadíssimo à vida de civis, havia informações de que a detonação da bomba seria por sistema de rádio com

³⁷¹ Na conclusão do TEDH, “o uso da força por agentes do Estado em perseguir um dos objetivos delineados no art. 2.2 da CEDH pode ser justificada por essa norma quando ele é fundada em uma crença honesta que é percebida, por boas razões, de ser válida no momento mas que na sequência se verifica que foi um equívoco. Entender de

acionamento mediante um botão, que seria inviável efetuar a prisão na fronteira ainda sem provas cabais da participação no atentado (e cuja liberação posterior elevaria os riscos de um novo ataque), concluindo que, nas circunstâncias, a condução da operação foi legítima.

Como um dos requisitos de efetividade da proteção do direito à vida, o TEDH entende que sempre que uma pessoa sofre uma lesão ao seu direito à vida (especialmente quando é praticada por um agente do Estado), deve haver um procedimento de investigação eficiente para esclarecer esse crime³⁷². Todavia, no caso *McCann*, o TEDH reconheceu que esse procedimento fora devidamente realizado.

Já no caso *Naboyshchikov*³⁷³, o TEDH entendeu que se policiais dão dois tiros nas pernas de uma pessoa que está supostamente armada com uma faca, sem reféns próximos, tais tiros não são necessários (nem o segundo tiro teria sido explicado), bem como o fato de ter experimentado graves lesões na região genital seriam indicativas de que houve agressões desnecessárias.

Já a proscrição de tratamento desumano ou degradante está prevista no art. 3º da CEDH. Segundo o TEDH, a distinção entre a tortura e o tratamento cruel, desumano ou degradante estaria na intensidade: enquanto à tortura se reservaria as situações de intensa aflição de dor, com o respectivo estigma mais severo, o tratamento desumano ou degradante restaria como uma modalidade de sofrimento menos intensa. Nessa perspectiva, a distinção estaria na intensidade do sofrimento infligido³⁷⁴. Para configurar efetivamente um tratamento desumano ou degradante, é necessário atingir-se um mínimo de severidade, todavia a fixação desse mínimo é relativo, devendo-se levar em consideração as circunstâncias do caso, especialmente a duração do tratamento e suas consequências físicas ou mentais, e, em alguns casos, sexo, idade, e estado de saúde da vítima³⁷⁵. A proibição de tortura e tratamentos desumanos e degradantes é um dos valores fundamentais da CEDH que não admite qualquer tipo de exceção, mesmo diante de

forma diversa seria impor um fardo irrealista ao Estado e seus agentes de aplicação da lei para a execução de seus deveres, talvez em detrimento da vida de outras pessoas”. TEDH, *Mc Cann vs. UK*, 27 set. 1995, § 200.

³⁷² TEDH, *McCann et al. vs. UK*, 27 set. 1995, § 161.

³⁷³ TEDH, *Naboyshchikov vs. Rússia*, acórdão n. 21240/05, 27 out. 2011.

³⁷⁴ TEDH, *Irlanda vs. UK*, 18 jan. 1978, § 162; *Jalloh vs. Alemanha*, acórdão n. 54810/00, 11.7.2006, § 67.

³⁷⁵ TEDH, *Kudla vs. Polónia*, acórdão n. 30210/96, § 91.

situações extremas, como a necessidade de luta contra o terrorismo ou o crime organizado, nem mesmo em caso de ameaça pública à existência da nação³⁷⁶.

A jurisprudência do TEDH é uma jurisprudência de mínimos e, nessa perspectiva, o tribunal tem evitado a banalização do conceito de tratamento desumano. Por exemplo, o tribunal recusou considerar como desumano hipóteses como alimentação forçada para evitar a morte por inanição no caso de greve de fome³⁷⁷, confinamento em cela solitária³⁷⁸ e mesmo a pena de morte em si³⁷⁹.

O TEDH tem afirmado que se considera tratamento degradante imposto com uma ausência de respeito à vítima, destinado a diminuir sua dignidade humana, o destinado infligir na vítima sentimentos de medo, angústia, inferioridade, capazes de humilhá-la e depreciá-la e possivelmente quebrantar sua resistência física e moral³⁸⁰. Também considera tratamento degradante o que obriga a vítima a agir contra sua vontade ou consciência³⁸¹, ou que tem por finalidade humilhar e depreciar a vítima, ainda que tal elemento não seja essencial à configuração do tratamento degradante³⁸². É suficiente que a vítima seja humilhada aos seus próprios olhos, ainda que não o seja na visão de outras pessoas³⁸³. Por outro lado, o TEDH também entende que o conceito de tratamento degradante é objetivo e não depende de percepções subjetivas, pois se configura mesmo que a vítima esteja inconsciente ou não perceba o tratamento que lhe é dado, especialmente porque também viola a dignidade dos eventuais expectadores da humilhação³⁸⁴. O tratamento é desumano se é aplicado com premeditação durante um período longo, e se ele causa lesões corporais ou sofrimento físico ou mental³⁸⁵. Para a configuração do tratamento desumano ou degradante, o sofrimento ou humilhação envolvido deve ir além do inevitável elemento de

³⁷⁶ TEDH, *Selmouni vs. França* acórdão n. 25803/94, § 95; *Assenov et al. vs. Bulgária*, 28 out. 1998, § 93; *Labita vs. Itália*, acórdão n.º 26772/95, § 119; *Mete et al. vs. Turquia*, 4 out. 2011, § 105.

³⁷⁷ TEDH, *Nevmerzhitsky vs. Ucrânia*, 5 abr. 2005, § 94.

³⁷⁸ TEDH, *Iorgov vs. Bulgária*, 2005.

³⁷⁹ TEDH, *Öcalan vs. Turquia*, 2005. Para comentários sobre tais conceitos de maus tratos da jurisprudência do TEDH, ver ainda Waldron, 2010:287.

³⁸⁰ TEDH, *Hurtado vs. Suíça*, 28 jan. 1994, § 67; *Kudla vs. Polónia*, acórdão n. 30210/96, § 92; *Pretty vs. UK*, acórdão n. 2346/02, § 52; *Tysiaogonc vs. Polónia*, 2007, § 67.

³⁸¹ Nesse sentido: TEDH, *Keenan vs. UK*, 3 abr. 2001, acórdão n. 27229/95, § 110, e ainda o *Caso Grego* (TEDH, acórdãos n. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67).

³⁸² TEDH, *Raninen vs. Finlândia*, 16 dez. 1997, § 55; *Peers vs. Grécia*, 19 abr. 2001, n. 28524/95, §§ 68 e 74; e *Price vs. UK*, 10 jul. 2001, n. 33394/96, § 24.

³⁸³ TEDH, *Tyrer vs. UK*, 25 abr. 1978, § 32.

³⁸⁴ TEDH, *Regina (Burke) vs. General Medical Council*, 2005, § 178.

³⁸⁵ TEDH, *Kudla vs. Polónia* acórdão n. 30210/96, § 92; *Jalloh vs. Alemanha*, acórdão n. 54810/00, § 68.

sofrimento ou humilhação relacionado com determinada forma legítima de tratamento ou punição³⁸⁶. Segundo o TEDH, uma ameaça de praticar tortura, ainda que esta não venha a ser concretizada, já configura, por si mesma, um tratamento desumano, que enseja uma violação ao art. 3º da CEDH³⁸⁷.

De forma geral, o TEDH entende que todas as situações de uso da força durante uma abordagem policial ou no curso de uma privação de liberdade, que não sejam estritamente necessárias em razão do comportamento do abordado, configuram um atentado à garantia do art. 3º da CEDH³⁸⁸.

Por exemplo, em *Selmouni vs. França* (j. 28 jul. 1999), num caso ocorrido em 1991, policiais franceses prenderam Ahmed Selmouni, um cidadão holandês de origem marroquina, por suspeita de prática criminosa. Durante seu período de detenção, o demandante foi duramente golpeado e vítima de agressões sexuais, conforme laudos médicos. Nesse caso o TEDH entendeu que quando uma pessoa é presa preventivamente em bom estado de saúde e posteriormente é colocada em liberdade em estado de ferimentos graves, cabe ao Estado dar uma explicação plausível da origem das feridas, e na ausência dessa explicação plausível deveria ser aplicado o art. 3º da CEDH. Nesse caso, reconheceu-se que as agressões foram praticadas por policiais com a finalidade de humilhar, degradar e eventualmente quebrar a resistência física e moral do investigado, para facilitar eventual confissão³⁸⁹. Também se afirmou que a proscrição de maus tratos da atividade policial é um princípio que não admite derrogações em razão da gravidade do crime envolvido.

³⁸⁶ TEDH, *Labita vs. Itália*, 6 abr. 2000, § 120; TEDH, *Kudla vs. Polónia*, § 94. Especificamente sobre as condições de detenção de estrangeiros em processo de deportação ou expulsão, entendendo que a acomodação em espaço confinado sem contato com um pátio exterior, sem poder andar ou ter lazer, sem acesso livre a um banheiro, sem refeições adequadas, sem poder realizar ligações telefônicas, de higiene precária, ou em situação de superpopulação, tudo configuraria um tratamento desumano e degradante para o efeito de aplicação do art. 3º da CEDH; ver TEDH, *S.D. vs. Grécia*, acórdão n. 53541/07, §§ 49 a 54, 11 jun. 2009; *Tabesh vs. Grécia*, acórdão n. 8256/07, §§ 38 a 44, 26 nov. 2009; *A.A. vs. Grécia*, acórdão n. 12186/08, §§ 57 a 65, 22 jul. 2010; *M.S.S. vs. Bélgica e Grécia*, 21 jan. 2011.

³⁸⁷ TEDH, *Campbell e Cosans vd. UK*, 25 fev. 1982, § 26; *Gäfgen vs. Alemanha*, 30 jun. 2008, § 66; *Al-Saadoon e Mufdhi vs. UK*, acórdão n. 61498/08, 2 mar. 2010, § 121.

³⁸⁸ TEDH, *R.L. e M.-J.D. vs. França*, acórdão n. 44568/98, § 61, 19 mai 2004; e *Umar Karatepe vs. Turquia*, acórdão n.º 20502/05, § 57, 12 out. 2010. No caso TEDH, *Sochichiu vs. Moldávia*, acórdão n. 28698/09, 15 maio 2012, considerou-se que um golpe na cabeça de pessoa durante sua prisão em flagrante, se a pessoa não estava armada, constitui um tratamento desumano. A *contrario sensu*, entendendo que quando o uso da força é proporcional não há violação ao art. 3º da CEDH: TEDH, *Balenko vs. Rússia*, acórdão n. 35350/05, 11 out. 2011.

³⁸⁹ Comentando esse caso, ver Revilla González, 2000:94.

No caso *Irlanda vs. Reino Unido*³⁹⁰, considerou-se que a utilização conjunta de cinco técnicas de interrogatório consistentes em manter a pessoa encapuzada, retirando o saco apenas durante os interrogatórios, colocar os suspeitos contra um muro, submissão a ruídos intensos, privá-los de alimentação e sono durante períodos de tempo prolongados, eram em conjunto uma violação da proibição de tratamento desumano ou degradante. Todavia, se houve o uso de capuz por curtos períodos de tempo³⁹¹, ou se razões concretas de periculosidade do réu justificarem precauções em favor dos policiais³⁹², não haveria tratamento desumano. Nesse ponto, concordamos com o voto vencido do juiz Pinto de Albuquerque, de que o uso de capuz em prisioneiros configura sempre um atentado à sua dignidade, configurando tratamento desumano e degradante³⁹³.

Durante uma prisão, o uso de algemas é legítimo se não envolver um uso da força além do necessário ou uma exposição ao público além do considerado razoavelmente necessário diante das circunstâncias do caso concreto, devendo-se considerar especialmente se o interessado oporá resistência à prisão ou se há risco dele empreender tentativa de fuga³⁹⁴.

O TEDH considera que o fato de uma pessoa ser presa e tal situação não ser informada aos seus parentes e entes próximos, deixando-os com a angústia do desconhecimento do acontecido com tal pessoa e seu paradeiro, seria uma forma de tratamento desumano com tais familiares³⁹⁵.

³⁹⁰ TEDH, *Irlanda vs. Reino Unido*, 18 jan. 1978, § 168.

³⁹¹ Admitindo o uso de venda por 15 minutos: TEDH, *Hurtado vs. Suíça*, relatório da Comissão Europeia de Direitos do Homem, 8 jul. 1993, §§ 56 *et seq.* Admitindo o uso de capuz por 2 horas, cumulado com uso de algemas nas mãos e pés, de réu altamente perigoso em situação que o réu reclamou apenas 7 anos após os fatos: TEDH, *Portmann vs. Suíça*, acórdão, 38455/2006, 11 out. 2011, § (voto vencido do juiz Pinto de Albuquerque, entendendo que o uso de capuz é sempre uma forma de maus tratos). Entendendo inadmissível o uso de venda, de forma intercalada, por cerca de um ano (reconhecendo que seria uma forma de punição inaceitável): *Petyo Petkov vs. Bulgária*, acórdão n. 32130/03, 7 jan. 2010.

³⁹² TEDH, *Öcalan vs. Turquia*, acórdão n. 46221/99, § 184, considerando que o transporte de preso do Kenya para a Turquia vendado era aceitável, com o fundamento de evitar que o preso reconhecesse os policiais, evitar tentativas de fuga, auto-lesões ou lesões a terceiros, e não houve interrogatório com o uso de venda nos olhos, entendendo-se que nessa situação a finalidade do uso de venda nos olhos não era o de humilhar, mas de assegurar a boa execução de sua condução, diante de sua personalidade e das circunstâncias de tumulto que cercaram sua prisão.

³⁹³ TEDH, *Portmann vs. Suíça*, acórdão, 38455/2006, 11 out. 2011, voto vencido do juiz Pinto de Albuquerque, citando a posição de vários organismos internacionais de direitos humanos contra essa prática.

³⁹⁴ TEDH, *Raninen vs. Finlândia*, 16 dez. 1997, § 56.

³⁹⁵ TEDH, *Kurt vs. Turquia*, 1998. Posteriormente em *Gongadze v. Ucrânia*, 2006, o TEDH avançou na concretização desse conceito de violação da proibição de tratamento desumano quando há omissão de informações quanto ao desaparecimento de uma pessoa após intervenção de agentes estatais, entendendo que elementos relevantes para essa configuração seriam a proximidade do laço de família, as circunstâncias

No caso *Funke*, o TEDH decidiu que deve ser aplicado às medidas de polícia o princípio da proporcionalidade (especificamente, se considerou que uma busca domiciliária realizada pelas autoridades alfandegárias, com grave intensidade, seria excessivas e não necessária no caso concreto³⁹⁶).

Da mesma forma, a manutenção de pessoa sob custódia do Estado em instalações insalubres, superlotadas e sem ventilação é considerada pelo TEDH como uma violação ao art. 3º da CEDH, especialmente quando em razão dessa situação há um agravamento da situação de saúde do preso³⁹⁷.

2.2.2.4 Proteção aos direitos fundamentais do policial

Não se pode esquecer que, também o policial é um ser humano, sujeito de direitos fundamentais (o que é relativamente óbvio, mas muitas vezes negligenciado). Portanto, a atividade policial não pode se exercida de uma forma que venha negligenciar as necessidades fundamentais também dos policiais de serem protegidos contra eventuais arbitrariedades a que o exercício de sua arriscada função possa expô-los³⁹⁸. Assim, por exemplo, não podem ser obrigados a executarem funções em situação de risco extraordinariamente desproporcional³⁹⁹. Esse princípio estabelece, por exemplo, que numa situação em que um policial não tenha condições materiais de efetuar uma prisão em flagrante, por evidente desproporção de meios em relação à atividade criminosa, não se pode exigir dele o impossível. Também impõe que não seja exposto a rotinas de trabalho humanamente exaustivas a longo prazo, com longas horas de atividade ininterrupta, ou com uma trajetória institucional altamente desgastada⁴⁰⁰. A submissão

específicas do relacionamento, a forma como o parente testemunhou os eventos em questão, o envolvimento dos membros da família nas tentativas de obter informações sobre a pessoa desaparecida e a forma como as autoridades responderam a tais questionamentos (ver § 184).

³⁹⁶ TEDH, *Funke vs. França*, 25 fev. 1993.

³⁹⁷ TEDH, *Kharchenko vs. Ucrânia*, acórdão n. 40107/02, 10 maio 2011, §§ 53-54; *Kalashnikov vs. Rússia*, acórdão n. 47095/99, §§ 95-97; *Melnik vs. Ucrânia*, acórdão n. 72286/01, 28 mar. 2006, § 47; *Taggatidis et al. vs. Grécia*, acórdão n. 2889/09, 11 out. 2011.

³⁹⁸ Segundo Lima e Bueno, 2013:9, um policial brasileiro possui três vezes mais chances de sofrer homicídio que um cidadão normal. Nesse sentido, estabelece o art. B.4 da Declaração sobre a Polícia do Conselho da Europa (Anexo à Resolução n. 690 da Assembléia do Conselho da Europa), citado em G.M. Silva, 2001:127: “as condições profissionais, psicológicas e materiais sob as quais o funcionário de polícia exerce suas funções devem preservar a sua integridade, imparcialidade e dignidade”.

³⁹⁹ Zaffaroni, 1991:138, indica que a exigência de submissão a situações desproporcionais de risco impõe uma verdadeira racionalidade psicopata ao policial, que posteriormente não recebe qualquer assistência psicológica.

⁴⁰⁰ Muniz e Proença Jr., 2007b:60.

de policiais a atividades de enfrentamento quase bélico em áreas submetidas à dominação criminosa, sem o respectivo trabalho social de ocupação estatal dessas áreas, pode também ser visto numa forma mais ampla como uma violação dos direitos fundamentais dos policiais (já que potencializa conflitos letais para os policiais – além dos próprios criminosos e demais cidadãos)⁴⁰¹. Treinamento e equipamentos adequados também são formas de respeito aos direitos fundamentais dos policiais. Impõe a necessidade de assegurar-se acompanhamento psicológico periódico aos policiais, como importante instrução de prevenção do desvio policial. De forma mais ampla, impõe considerar-se como fator de eficiência de uma intervenção policial a proteção prioritária a saúde e segurança ocupacionais dos policiais⁴⁰². Por exemplo, após incidentes traumáticos (v.g., incidentes letais de uso da força) deve haver obrigatoriamente um acompanhamento psicológico com o policial⁴⁰³. Também abrange a necessidade de que o policial seja tratado como um ser humano dentro de sua instituição, e não sistematicamente brutalizado e desconsiderado enquanto indivíduo (o que, por sua vez, acaba por se replicar posteriormente na relação policial-cidadão, pois o policial precisa aprender que é respeitado pela própria Polícia, para ter condições de respeitar o cidadão).

Curiosamente, esse princípio também exige que haja uma maior regulamentação possível do exercício da atividade policial, de sorte que as brechas interpretativas quando às suas ferramentas de trabalho não acabem se tornando uma fonte de danos ao próprio

⁴⁰¹ A. Oliveira, 2007:216. Em 2003, 45 policiais e 1.195 civis morreram em confrontos com a Polícia no Rio de Janeiro (Lyra *et al.*, 2004:18).

⁴⁰² Sobre o tema, ver Muniz e Proença Jr., 2007a:259: “O sacrifício deliberado de policiais não é uma alternativa política aberta aos planejadores e executores de ações policiais. Ao contrário: não é nem lógico, nem razoável, nem tolerável que o cuidado para com as vidas dos policiais seja excluído das formas como se planeja ou executa uma ação policial. Não é lógico, porque a indiferença quanto à vitimização policial contraria a própria razão de ser da Polícia como instrumento de proteção contra riscos e perigos que ameacem o público. Não é razoável, porque uma dúvida quanto à prioridade da preservação dos policiais sabota a coesão e compromete a qualidade do serviço policial, ampliando níveis de incerteza, risco e perigo tanto para policiais quanto para o público. Não é tolerável porque a vida e a saúde são direitos inalienáveis de todos os cidadãos, entre estes os policiais. Assim, ainda que policiais possam, eventualmente, estarem expostos a situações de risco e perigo, só se pode admitir composições de eficácia policial que saúde e segurança ocupacionais dos agentes policiais (P) sejam prioritárias”. Sobre o *burnout* de policiais submetidos a elevados níveis de estresse ocupacional, ver Minayo *et al.*, 2008; Huggins *et al.*, 2006:383-418; Soeiro e Bettencourt, 2003. Sobre a relevância do acompanhamento psicológico de policiais como uma política organizacional, v. R.A. Gonçalves, 2004.

⁴⁰³ Sobre a estruturação desses programas, ver Hatch e Dickson, 2007:187-204.

policial, que fica sem parâmetros de atuação, incrementando-se o risco de um bom policial ser acusado de atos arbitrários por uma interpretação concreta equivocada dos preceitos legais⁴⁰⁴.

Finalmente, a proteção aos direitos fundamentais do policial também possui uma conexão com a eficiência da persecução penal, já que “a ameaça à vida e à segurança dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei deve ser considerada como uma ameaça à estabilidade da sociedade no seu todo”⁴⁰⁵. Por tal motivo, a prática de crimes contra policiais deve receber pronta prioridade de apuração, já que tais crimes colocam em cheque a própria efetividade da atuação policial, e, portanto, a capacidade do Estado de Direito de manter íntegro o ordenamento jurídico⁴⁰⁶.

2.2.2.5 A proporcionalidade como viga-mestra da atividade policial

O princípio da proporcionalidade é provavelmente o princípio constitucional mais relevante no âmbito da atividade policial. Isso porque, sendo a atividade policial um palco constante de tensões entre os interesses individuais das pessoas submetidas à intervenção policial e os interesses mais gerais que a atividade policial visa assegurar, há subjacente a toda atividade policial uma constante tensão entre princípios constitucionais (os direitos fundamentais da pessoa submetida à atividade policial e os direitos fundamentais da vítima e da coletividade, instrumentalizados no dever de proteção penal eficiente pelo Estado). O princípio da proporcionalidade possui uma especial aplicação no âmbito do processo penal, já que este é o laboratório de referência de ponderação dos princípios estruturantes do Estado de Direito⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Como fazem referência J.F. Dias e Andrade, 1997:463, não é exigível de um policial que tenha, simultaneamente, “a sabedoria de Salomão, a coragem de Davi, a paciência de Jó, a liderança de Moisés, a delicadeza do Bom Samaritano, a estratégia de Alexandre, a fé de Daniel, a diplomacia de Lincoln, a tolerância do Carpinteiro de Nazaré e, por último um conhecimento aturado de todos os ramos das ciências naturais, biológicas e sociais”. Segundo Walker, 2001:99, muitas vezes os policiais individualmente são feitos de bodes expiatórios por desvios policiais que são, em verdade, motivados pela ausência de uma efetiva regulamentação da atividade policial pelo próprio Departamento de Polícia. Destacando o efeito de vitimização dos próprios policiais em razão de políticas públicas de repressão (que fomentam desvios) seguidas da punição de meros bodes expiatórios: J. Silva, 2001; indicando como os policiais se sentem trabalhando sobre uma “corda bamba” ante a indefinição dos critérios legais de atuação discricionária, com o risco de serem responsabilizados por eventual abuso de autoridade: Suárez e Bandeira, 2001:237.

⁴⁰⁵ Preâmbulo do “Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei”, da ONU, adotado pelo 8º Congresso da ONU para a prevenção do crime e tratamento de agressores, em 7 set. 1990.

⁴⁰⁶ Nesse sentido é a recomendação de CNPG, 2008: item II.3.

⁴⁰⁷ A.S. Dias e Aguilar, 2008:15.

O reconhecimento do princípio da proporcionalidade passa pela verificação que a maioria das normas relativas a direitos fundamentais possui uma natureza principiológica. Isso significa que, enquanto as regras contêm uma determinação concreta no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, e, portanto, são aplicadas na lógica do tudo ou nada, os princípios são aplicados como mandados de otimização (razões *prima facie*), ou seja, devem ser aplicados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas⁴⁰⁸. Isso significa que, havendo uma constelação de princípios fundamentais, cada qual apontando eventualmente para uma direção distinta, é inevitável que eventualmente (ou até com frequência) haja uma colisão entre os princípios fundamentais. Havendo colisão, surge a questão de solucionar se é possível conciliar os dois princípios no caso concreto e, não o sendo, qual dos princípios prevalecerá. Enquanto a colisão entre regras é solucionada pelo afastamento de uma regra e aplicação da outra (tudo ou nada), a solução da colisão entre princípios é feita com a maximização de ambos os princípios e, mesmo que a aplicação de um princípio seja afastada num caso concreto, ele mantém sua integridade enquanto razão *prima facie* a ser levada em consideração no processo decisório. Esse processo de solução das colisões há de respeitar um núcleo essencial dos direitos fundamentais; sobre o tema, afirma Alexy: “existen condições na quais se pode dizer com muita segurança que não há precedência de nenhum princípio oposto [...] e que] o caráter absoluto de sua proteção é uma questão das relações entre os princípios”⁴⁰⁹.

Portanto, reconhecendo-se que o sistema de direitos fundamentais possui uma natureza principiológica e está sujeito a colisões, surge a natural questão de resolver metodologicamente o procedimento dessas colisões. Nesse ponto, o princípio da proporcionalidade surge como o procedimento de solução das colisões⁴¹⁰. É necessário proceder-se à concordância prática dos interesses constitucionais em jogo⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Sobre a distinção entre regras e princípios, ver Dworkin, 2002:39. Sobre a estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e sua caracterização com mandados de otimização, ver Alexy, 2002:89 e 133.

⁴⁰⁹ Alexy, 2002:291. No mesmo sentido, indicando que o núcleo essencial é um reflexo da “totalidade do sistema jurídico-constitucional de valores”, ver Häberle, 2003:59. Ainda comentando o tema do núcleo essencial: Mendes *et al.*, 2000:210-223.

⁴¹⁰ Tecnicamente, a proporcionalidade não é um princípio que ele mesmo entra em colisão com outros princípios; ela é o procedimento para a solução das colisões entre princípios. Portanto, na classificação de Alexy das normas jurídicas, há regras, princípios e procedimentos. Alexy, 2002:122. Comentando essa classificação de Alexy, ver C.M.M. Queiroz, 2002:140-3.

⁴¹¹ Há quem diferencie concordância prática de proporcionalidade *lato sensu* (v.g., Valente, 2009b:178). Na teoria de Alexy, a harmonização dos princípios em colisão ocorre através do procedimento da proporcionalidade.

Gonzalez-Cuellar Serrano distingue entre elementos extrínsecos e elementos intrínsecos para a aplicação do princípio da proporcionalidade. Como requisitos extrínsecos, haveria a legalidade (necessidade de mediação da lei para a restrição dos direitos fundamentais em jogo), o princípio da justificação teleológica (necessidade de existência de um fim constitucionalmente relevante em jogo, não se analisando ainda sua idoneidade ou a necessidade dos meios), a judicialidade (determinados direitos fundamentais exigem decisão judicial para justificar sua restrição – prévia ou posterior) e a motivação da decisão⁴¹².

Quanto aos aspectos intrínsecos do princípio da proporcionalidade para a solução das colisões entre princípios, este princípio se subdivide entre três subprincípios (ou melhor, três regras procedimentais): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação significa a idoneidade do meio utilizado para a persecução do fim desejado. Segundo Gonzalez-Cuellar Serrano, a adequação exige um juízo de “funcionalidade”, para verificar se as medidas restritivas são aptas a atingir ou fomentar os fins que se perseguem⁴¹³. Necessidade significa a utilização, entre as várias medidas aptas, da mais benigna, mais suave ou menos restritiva. Segundo o referido autor, também é denominado de “intervenção mínima”, “alternativa menos gravosa” e “de subsidiariedade”⁴¹⁴, implicando a necessidade de comparar as alternativas aptas e otimizar a menor lesão possível. Se o Estado, para realizar um princípio P1, possui à sua disposição as medidas M1 e M2, ambas adequadas para realizar P1 mas restritivas de um princípio concorrente P2, deve-se escolher a medida que menos restrinja o princípio P2; assim, se M1 restringe P2 mais que M2, então M1 não é necessária. Já a proporcionalidade em sentido estrito é o postulado da ponderação de interesses, propriamente dito⁴¹⁵. Esse procedimento da ponderação é denominado por Hesse como princípio da concordância prática que, junto com o da unidade da Constituição, deve orientar a compatibilização dos interesses em

⁴¹² Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:67-150.

⁴¹³ Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:155.

⁴¹⁴ Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:189.

⁴¹⁵ Segundo S.T. Barros, 2003:88, esse procedimento de ponderação entre os princípios deve levar em consideração: a) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes não de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; c) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal (o direito à vida tem preferência ao direito à propriedade). Alexy, 2002:13, indica três planos de argumentação: definição da intensidade da intervenção; conhecimento da importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e realização da ponderação em sentido específico e estrito.

colisão mediante uma interpretação orientada ao problema concreto⁴¹⁶. A ordem de aplicação desses subprincípios é sucessiva, iniciando-se pela adequação e passando pela necessidade até a ponderação, de forma que, caso a medida restritiva seja reprovada em um desses parâmetros, não será necessária a aplicação dos demais⁴¹⁷.

O princípio da proporcionalidade assegura a manutenção de um “equilíbrio e ordenação conjunta” que garante uma “unificação em uma situação global” dos princípios constitucionais⁴¹⁸. Trata-se de uma justa medida destinada à proibição de excesso e de arbítrio⁴¹⁹.

Apesar de não estar explícito no texto constitucional brasileiro, o princípio da proporcionalidade está implícito no sistema jurídico instituído pela CRFB/1988, em especial na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), no devido processo legal em sua perspectiva material (art. 5º, LIV), no princípio do Estado de Direito como uma vedação de arbitrariedades (art. 1º, caput), e, de forma mais genérica, na estruturação de um sistema de direitos fundamentais enquanto princípios jurídicos, que necessitam, portanto, de um procedimento de solução de suas colisões⁴²⁰.

É claro que o Estado de Direito, enquanto estado de racionalidade, não se compraz com o sacrifício irracional de bens jurídicos de estatura superior. Daí que a ideia de racionalidade legal implica, em si mesma, a ideia de possibilidade de afastamento da legalidade formal quando sua aplicação literal pudesse ir de encontro com sua finalidade vista numa perspectiva integral com os demais princípios jurídicos (uma situação, em última análise, de colisão de normas). Assim, em uma situação extrema, para proteger interesses superiores, é

⁴¹⁶ Hesse, 1998: 66 (§72).

⁴¹⁷ Como anota L.V.A. Silva, 2002:35, alguns autores que se ocupam da análise da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos acrescentam um quarto parâmetro, que antecede os três já explicitados no texto: a legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir.

⁴¹⁸ Häberle, 2003:69.

⁴¹⁹ Canotilho, 2003:1165.

⁴²⁰ Sobre a larga adesão da doutrina brasileira ao princípio da proporcionalidade, ver S.T. Barros, 2001; Stumm, 1995; E.P. Farias, 1996; Sarmiento, 2000; Steinmetz, 2001; F.C.S. Oliveira, 2003; D.F. Pacheco, 2007; Ávila, 2007. O princípio da proporcionalidade também pode ser extraído de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o art. 29.2 da DUDH (“No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”), e o art. 30 da CADH (“As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas”).

admissível a violação de algumas regras formais. No direito administrativo, essa situação é descrita como o estado de necessidade administrativo, que legitima, em situações mais extremas, afastar normas de competência, de formalidades, de conteúdo do ato ou a inexecução de outras normas, sempre balizada pelo princípio da proporcionalidade⁴²¹. Obviamente, como situação de exceção, o estado de necessidade não pode difundir-se a ponto de desfigurar a regra da situação de normalidade, mas também é uma realidade que não pode ser ignorada, especialmente no exercício da atividade policial, onde muitas vezes o salvamento de vidas é um interesse latente.

O princípio da proporcionalidade possui uma dupla face: ele é tanto proibição de excesso (*Übermassverbot*) como também é proibição de insuficiência (*Untermassverbot*)⁴²². Isso significa que o Estado possui um dever de proteção dos direitos fundamentais de seus cidadãos e essa proteção não pode ser insuficiente, deve ser minimamente suficiente. Portanto, a eficiência da proteção pelo Estado também é um valor a ser considerado no âmbito das colisões de direitos fundamentais. É claro que a eficiência está em constante tensão com a necessidade de que o sistema penal (e especialmente o subsistema policial) não venha degradingar em um sistema de arbitrariedades institucionalizadas mediante a progressiva funcionalização de seus institutos em desconsideração do valor de garantia contra eventuais arbitrariedades que deve haver na atuação estatal. Mas a eficiência também não pode ser desconsiderada: é parte integrante do próprio conceito de proporcionalidade, enquanto medida de justiça. Essa tensão dialética entre garantias e eficiência deve dar lugar a um *garantismo integral*⁴²³, que assegure a justa composição dos interesses comunitários com os direitos individuais.

Normalmente, a proporcionalidade em sentido estrito apresenta-se como um conceito negativo, utilizado para afastar restrições manifestamente desproporcionais, ou seja, se for reconhecido o caráter extremamente gravoso de uma possível intervenção policial, ela será ilegítima e se imporá a sua não realização⁴²⁴. Todavia, embutida nessa análise está o valor a ser dado à diligência policial, de concretização do dever fundamental de proteção eficiente pelo Estado.

⁴²¹ Correia, 1987:282-284.

⁴²² Ver sobre o tema: Mendes *et al.*, 2000:20; Sarlet, 2004:99; Streck, 2005; Feldens, 2005:108-129; Ávila, 2007:57-61.

⁴²³ Expressão em Sarlet, 2004:89.

⁴²⁴ Sobre o conceito de proporcionalidade estrita como critério negativo, ver Correia, 1987:115.

Apesar do reconhecimento da possibilidade de se sopesar interesses coletivos com os direitos individuais, há que se considerar que determinadas regras são absolutamente inultrapassáveis, por se encontrarem tão intimamente ligadas ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana que virtualmente não encontram situações de maior preponderância de outros princípios. Esse é o caso, por exemplo, da vedação da tortura, que nunca admite relativização em razão de usa absoluta identidade com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e a impossibilidade de instrumentalização do ser humano⁴²⁵.

O princípio da proporcionalidade está imanente em toda a atividade policial. De forma especial, o princípio da proporcionalidade informa a proficiência policial, ou seja, não basta haver eficácia (atingir-se os fins propostos), é necessário também ter proficiência (usar dos meios adequados, necessários e proporcionais)⁴²⁶. Os requisitos autorizadores de uma prisão preventiva são manifestação concreta do princípio da proporcionalidade; toda atividade de uso da força (superação da resistência, arrombamentos no curso de buscas domiciliares, o grau de intrusão no curso da revista pessoal) deverá ser guiada pela proporcionalidade, não sendo utilizada se não for absolutamente necessária para o sucesso da diligência. Especialmente o uso da força letal deve estar subordinado a requisitos de absoluta excepcionalidade, ante os evidentes interesses em jogo (v.g., é absolutamente inadmissível o uso de força letal pelo simples fato de um veículo não parar em blitz policial). Portanto, não basta ao policial saber atirar bem em um alvo (técnica), mas deve saber quando atirar e onde colocar o alvo (proficiência). As inúmeras atividades policiais restritivas de direitos (como uma apreensão de objeto ligado à investigação criminal, ou ainda medidas administrativas, como a interdição de um local ou de um evento) devem ser todas informadas pelo princípio da proporcionalidade. A solução da colisão de princípios fundamentais pela proporcionalidade é sempre feita levando-se em consideração as peculiaridades do caso concreto; por exemplo, a situação de saúde, idade, estado mental da pessoa sujeita à intervenção policial devem ser concretamente considerados para se avaliar a necessidade de utilização da força física contra uma pessoa, mostrando-se desproporcional, por exemplo, o uso de algemas para a prisão de um idoso. Os requisitos de uma intervenção corporal,

⁴²⁵ Na síntese de Tucci, 2004:71: “A gravidade do crime investigado ou em julgamento não pode autorizar a adoção de meios repressivos que repugnam a consciência de país democrático, violando a dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da liberdade e da igualdade, e levando o Estado à imoral competição com os criminosos na prática da violência, em atos de desumanidade”. Ver ainda: Ávila, 2007:246; Goulart, 2002:112; A.S. Dias, 2010.

⁴²⁶ Distinguindo eficácia de proficiência na atuação policial, ver Muniz e Proença Jr., 2007a:250.

diante de sua elevada intrusão, também estão subordinados à adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, não podendo ser realizada se a prova puder ser obtida de outra forma, ou se houver concretamente um risco à saúde do investigado (maior valor à vida que à busca da verdade). As medidas investigativas mais intrusivas de direitos fundamentais (como a interceptação telefônica) devem ser evitadas se houver outras medidas investigativas menos intrusivas (v.g., oitiva de testemunhas ou mesmo uma busca domiciliar), como uma expressão do princípio da necessidade (existência de outro meio menos gravoso para se atingir o mesmo resultado⁴²⁷). Da mesma forma, as medidas gravemente restritivas de direitos fundamentais devem estar reservadas à investigação dos crimes mais graves e não das insignificâncias (como expressão do princípio da proporcionalidade em sentido estrito). Assim, a construção das práticas e técnicas policiais deve ser feita orientada pelo princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade possui íntima relação com o princípio da legalidade. É relevante que haja a máxima regulamentação das hipóteses de utilização da força no âmbito da atividade policial, com a explicitação das possíveis situações da vida, as possíveis reações, e uma graduação que confira um mínimo de parametricidade à atuação policial, de forma a não atribuir genericamente ao policial a responsabilidade de aplicar o princípio da proporcionalidade no caso concreto, realizando, no calor dos fatos, delicadas ponderações jusfilosóficas. Tais ponderações a partir das possíveis situações concretas já devem estar interiorizadas, pelo treinamento, a partir de pautas de condutas objetivas⁴²⁸.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade é um importante instrumento de limitação da eventual discricionariedade policial. Assim, mesmo quando a lei atribui à Polícia alguma margem de apreciação da conveniência de determinada ação, essa margem de discricionariedade estará sempre vinculada ao respeito ao princípio da proporcionalidade, sendo vedado à Polícia escolher entre duas possíveis opções de atuação a que seja concretamente mais lesiva dos direitos fundamentais envolvidos na situação concreta.

⁴²⁷ Valente, 2009b:149, denomina esse princípio da subsidiariedade de “princípio da escadaria ascendente”.

⁴²⁸ Chappell *et al.*, 2010:59.

2.2.3 Princípios fundamentais ligados à eficiência da atividade policial

A interpretação das normas ligadas à atividade policial deve guiar-se tanto pela necessidade de vedação de brechas de possível arbitrariedade (e portanto de assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos), bem como pela necessidade de assegurar uma proteção penal eficiente da vítima e da coletividade no âmbito da atividade policial. A eficiência da atuação policial é derivada do reconhecimento do direito fundamental à segurança pública⁴²⁹.

Como princípios específicos ligados à eficiência da atividade policial, podemos elencar os abaixo indicados.

2.2.3.1 Dever fundamental de proteção às vítimas

Um dos aspectos centrais no âmbito da atuação policial consiste na concretização do dever fundamental do Estado na proteção dos cidadãos (quanto aos perigos em geral) e das vítimas de crimes. Esse dever é expressão do direito subjetivo da vítima a ser protegida pelo Estado, ou seja, o direito de ter ambiente que possibilite condições para usufruir dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição e nos tratados internacionais⁴³⁰. Para tanto, a Polícia deve atuar com a decisão e a prontidão necessárias, quando o impedimento da prática de um dano grave, imediato e irreparável depender da intervenção policial, observando os princípios da adequação, necessidade e da proporcionalidade na utilização dos meios disponíveis.

Portanto, tendo condições de agir, a Polícia está obrigada a prestar a assistência necessária à vítima. Não há, a princípio, discricionariedade em relação ao “se”, mas apenas em relação ao “como”. Não tendo condições de agir imediatamente, o policial deve tomar as providências de reforço para viabilizar a concretização desse dever fundamental. Em situações extremas, nas quais a possibilidade de cumprimento de um dever esteja em colisão com o cumprimento de outro dever (conflito de deveres), é possível relegar o cumprimento de um dos deveres, considerado concretamente de menor envergadura, para um momento posterior. Ademais, se o bem a proteger seja de envergadura mínima em comparação com os custos de sua

⁴²⁹ Ver comentários acima na subseção 2.1.3 e item 2.2.2.5.

⁴³⁰ Sobre o direito subjetivo da vítima à intervenção policial, A.F. Sousa, 2009:67, afirma que ele existirá se estiverem presentes os seguintes pressupostos: “existência de um perigo para um seu direito ou interesse legalmente protegido; dever (obrigação) de intervenção da força policial; e ausência de justificação de não intervenção”. Sobre o tema ver ainda Raposo, 2006a:10-11.

proteção, é possível que o princípio da proporcionalidade não autorize os sacrifícios necessários à proteção (v.g., sacrificar a integridade física de um policial apenas para proteger um animal em perigo). Finalmente, a não-atuação policial poderá ser justificada em situações concretas, como uma estratégia de ação, para se evitar a revelação da presença policial ou para evitar um resultado mais grave (“incendiário”)⁴³¹.

Esse princípio está ligado à finalidade de realização do interesse público, que sempre informa a atividade policial. Toda atividade policial deve estar subordinada à realização da finalidade pública, que é a prevenção de situações de risco potencial, o restabelecimento da legalidade e o esclarecimento de situações de possível configuração criminosa para permitir ao Ministério Público exercer a responsabilização criminal em juízo. A atuação fora dessas finalidades legais configura desvio de finalidade⁴³².

2.2.3.2 Princípio da eficiência da investigação criminal

A eficiência da investigação criminal, derivada do princípio do art. 37, *caput*, da CRFB/1988, e da própria interpretação teleológica do princípio constitucional da segurança pública, pode ser subdividido em três outros princípios: princípio da obrigatoriedade da investigação criminal pelas autoridades policiais, princípio da busca da verdade na investigação e princípio da celeridade.

O princípio da obrigatoriedade da investigação criminal é uma concretização do princípio da indisponibilidade da ação penal pelas autoridades policiais. No sistema brasileiro, o mecanismo de o Ministério Público tomar conhecimento da *notitia criminis* é através da instauração do IP, seguida de seu posterior encaminhamento ao Ministério Público (atualmente, via judiciário). A obrigatoriedade de instaurar a investigação deriva da impossibilidade de a autoridade policial subtrair do Ministério Público o conhecimento da *notitia criminis*.

Além da obrigatoriedade de investigar, há ainda diversos dispositivos que estabelecem uma obrigatoriedade de ação policial, seja para proteger concretamente uma vítima, seja para efetuar uma prisão em flagrante ou para recolher provas da prática de um crime. Pode-

⁴³¹ Indicando essas limitações ao dever de proteção policial: A.F. Sousa, 2009:18.

⁴³² Sobre a relevância da finalidade do interesse público para a atividade policial, ver comentários adiante no item 2.3.6.2.

se concluir que há um princípio geral relativo à obrigatoriedade de atuação policial para a investigação de um crime⁴³³.

O princípio da obrigatoriedade também se aplica quanto ao cumprimento das requisições de diligências feitas pelo Ministério Público. Aliás, nesse exato sentido, estabelece o art. 8º, § 3º, da LC n. 75/1993 que “a falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa”⁴³⁴.

Uma vez iniciada a investigação criminal, ela deverá ser orientada à elucidação eficiente da *notitia criminis*. Essa eficiência está guiada pela busca da verdade na investigação criminal. Analisamos esse princípio ao abordar o tema da proibição das provas ilícitas na atividade policial. Sendo a busca da verdade uma diretriz da atividade de investigação criminal, não se deve desconsiderar essa importância da descoberta da verdade para a realização do valor da justiça. Obviamente, o valor da busca da verdade não é absoluto, pois encontra limites na própria necessidade de não transformar a atividade de investigação criminal em uma sistemática violação de direitos fundamentais, substituindo a violência privada pela violência pública (substancialmente mais danosa que a primeira).

Em verdade, o princípio da busca da verdade na atividade de investigação criminal está ligado ao princípio da capacidade de funcionamento das instituições policiais, de sorte que devem ser criados canais lícitos para que a Polícia (ou o Ministério Público) possa realizar sua atividade de investigação dentro do paradigma do devido processo legal, tendo condições de alcançar as informações necessárias a esclarecer os fatos dentro de um procedimento que assegure suficientemente a profilaxia de eventuais desvios ou abusos.

Se ocorrer uma violação grave a direitos fundamentais que comprometa a justiça do julgamento e exija um efeito dissuasório efetivo, o princípio da busca da verdade deverá ser sacrificado em favor do princípio da proibição de utilização de provas obtidas por meios ilícitos (não estando presentes as exceções específicas à vedação das provas ilícitas).

⁴³³ Na Itália, fala-se de um princípio de *doverisità*: D’Ambrosio e Vigna, 2003:147. Sobre os limites entre a discricionariedade policial e a obrigatoriedade de ação, ver comentários abaixo em 2.3.6.2.

⁴³⁴ Sobre o dever de cumprimento das requisições de diligências feitas pelo Ministério Público, ver comentários abaixo no item 5.3.3.1.

Finalmente, a eficiência está ligada ao princípio da celeridade, previsto na CRFB/1988, art. 5º, LXXVIII, incluído pela EC n. 45/2004, segundo o qual: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Trata-se da explicitação de uma das facetas do devido processo legal e do princípio da eficiência⁴³⁵.

Não há um prazo legal peremptório para a conclusão das investigações criminais, mas certamente o longo prazo decadencial não é o padrão adequado para se medir a eficiência policial, pois a maioria das informações relevantes deve ser recolhida com presteza, logo após a prática do crime ou pouco tempo após, para que haja uma efetiva possibilidade de esclarecimento do crime. O tempo naturalmente apaga os vestígios do crime, a memória das pessoas, e a possibilidade de solução do caso. Usualmente as autoridades policiais se escondem atrás do “fantasma” do excesso de trabalho para justificarem omissões reiteradas, mas que, em verdade, esconde uma má-gestão dos recursos humanos policiais e um desperdício de “energia institucional” em questões não relevantes. Assim, o princípio da celeridade impõe uma organização administrativa eficiente do trabalho policial, para dar vazão à demanda de atividades investigativas.

2.2.3.3 Dever fundamental de colaboração dos particulares com a atividade policial e de submissão à constrição legal

Apesar de todo arcabouço de garantias delineado pela Constituição ao investigado, não se pode perder de vista que a atividade de investigação corresponde a uma série de restrições de direitos fundamentais e, quando tais restrições realizam-se dentro das balizas legais, surge para o investigado (ou eventuais intervenientes) o dever de suportar as contrições legalmente autorizadas, sob pena de legitimarem outras medidas constritivas mais gravosas para assegurar a execução das diligências legais indevidamente obstadas⁴³⁶. Como afirma Hesse, não

⁴³⁵ Moraes, 2007:101.

⁴³⁶ Utilizamos aqui a expressão “dever” em sentido genérico. Poderíamos mesmo polemizar se seria propriamente um dever ou um ônus, já que tradicionalmente diz-se que o dever é uma imposição jurídica que exige determinado comportamento ativo ou passivo sob pena de uma sanção (v.g., a violação do dever de lealdade processual mediante litigância de má-fé pode ensejar a aplicação de uma multa processual, cf. art. 18 do CPC), e o “ônus” é imposição de determinada conduta no interesse do próprio onerado, sob pena de seguir-se determinada consequência processual (v.g., contestar uma ação civil é um ônus processual, sob pena de dever se conformar com uma situação desfavorável, qual seja, a presunção de veracidade das alegações do requerente). A aplicação da força para executar uma diligência legal que sofreu uma resistência ilegal não é propriamente uma sanção, mas

existem direitos fundamentais sem deveres fundamentais⁴³⁷. Nessa perspectiva, exercício legal da autoridade e dever de obediência sob pena de uso da força e de eventual crime de resistência ou desobediência são duas faces da mesma moeda. Essa perspectiva já havia sido expressa no art. 7^a da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789: “Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência”.

Além dessa obrigação específica de submissão às ordens legais dos policiais (cidadão como sujeito passivo da intervenção policial), há ainda uma perspectiva ativa: todo cidadão possui o dever fundamental de colaborar com as instituições policiais na realização de sua missão constitucional de promoção da segurança pública. Esse dever fundamental é reconhecível no art. 144, *caput*, da CRFB/1988, ao prever que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos. Isso significa que todos os cidadãos também estão jungidos ao dever de colaborar com as instituições policiais em sua atividade de realização da segurança pública.

As normas que consagram os deveres fundamentais normalmente não são “direito diretamente aplicável”, exigindo uma mediação legislativa para sua configuração (esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores de seu cumprimento). Todavia, não são normas desprovidas de eficácia, inclusive perante terceiros. Como ressalta Canotilho, “as ideias de ‘solidariedade’ e ‘fraternidade’ apontam para deveres fundamentais entre os cidadãos”⁴³⁸.

uma consequência da ação inicial do próprio autor da resistência e, nessa perspectiva, submeter-se sem resistência a uma diligência policial legal seria um ônus do abordado, sob pena de sofrer o uso da força para assegurar o cumprimento da diligência.

⁴³⁷ Hesse, 1991:21.

⁴³⁸ Canotilho, 2003:536. Entre outros deveres fundamentais previstos na CRFB/1988 estão o dever de defesa da pátria (serviço militar obrigatório, previsto no art. 143, *caput*), dever de voto (art. 14, § 1º, I), dever de pagar impostos (art. 145 *et seq.*), dever de contribuição previdenciária (art. 201, *caput*), dever de dar uma função social à propriedade (art. 5º, XXIII e art. 170, III), dever de defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*), dever de educação dos filhos pelos pais (art. 205 e art. 229), dever das crianças e adolescentes entre 4 e 17 anos de estudarem (art. 208, I), dever de proteção prioritária de crianças e adolescentes pela família e sociedade (art. 227, *caput*), dever de amparo aos idosos (art. 230), e o dever de promover a segurança pública (art. 144, *caput*), bem como o dever mais genérico de obedecer às leis sob pena de ser sancionado. Sobre os deveres fundamentais, ver Canotilho, 2003:531-536; Paces-Barba Martínez, 1987.

Esse dever de colaboração é algumas vezes expresso numa admissibilidade (facultativa) de ação do particular em colaboração, em outras vezes como uma obrigação específica de colaboração. Ela abrange:

a) admissibilidade de um particular efetuar facultativamente uma prisão em flagrante delito e apresentar imediatamente a pessoa detida à autoridade policial (CPP, art. 301, 1ª parte)⁴³⁹;

b) admissibilidade excepcional de um particular auxiliar facultativamente um policial no cumprimento de uma diligência (implícito na autorização antes referida)⁴⁴⁰;

c) admissibilidade de colaboração mediante a delação de crimes (CPP, art. 5º, § 3º); apesar de a delação ser facultativa para os particulares, ela é na verdade um dever cívico de colaboração com a segurança pública (um dever cuja violação não gera sanção). Ainda que facultativo, o exercício dessa faculdade está adstrito pelo dever de veracidade, sob pena de responsabilização por denúncia caluniosa, falsa comunicação de crime ou auto-acusação falsa (CP, art. 339, 340 e 341). Ela também se expressa com a abertura de canais de “denúncia anônima”, visando resguardar o denunciante de eventuais repressálias e fomentar a colaboração do público⁴⁴¹. Especificamente para os servidores públicos, há um dever especial de colaboração com as autoridades de segurança pública, sendo a obrigatória a comunicação de crime de que

⁴³⁹ A legislação brasileira não impõe limites a essa possibilidade de o particular atuar investido da autoridade pública para cumprir uma prisão em flagrante delito. Vários outros países limitam essa possibilidade às situações em que não é possível ao particular recorrer à autoridade sem risco de ineficiência, colocando, portanto, a ação do particular de forma subsidiária. Nesse sentido, estabelece o art. 255.1.b do CPP português: “qualquer pessoa pode proceder à detenção, se uma das entidades referidas na alínea anterior [autoridade judiciária ou entidade policial] não estiver presente nem puder ser chamada em tempo útil”. Sobre a excepcionalidade da detenção por particular, afirma Albuquerque, 2009:677: “a detenção de uma pessoa por um particular constitui um ato grave, que pode fazer incorrer o particular em responsabilidade criminal, se não estiverem verificados os requisitos legais da detenção. O direito do particular deter em flagrante delito não o autoriza a usar armas, nem a invadir o domicílio do suspeito ou de terceiros, embora possa usar da força física e até de instrumentos de imobilização, como cordas, ou encerrar o suspeito num espaço físico fechado ou perseguir o suspeito com automóvel na via pública, quando esta atuação seja necessária, proporcional e não ponha em risco o suspeito e terceiros”.

⁴⁴⁰ O art. 490 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* da Espanha também prevê a possibilidade de um particular efetuar a detenção de pessoa foragida de estabelecimento prisional. Obviamente, essa faculdade de colaboração não abrange a possibilidade de uma pessoa vestir-se como policial ou identificar-se como se fosse policial e passar a acompanhar policiais em suas diligências, situação que configura usurpação de função pública, crime previsto no art. 328 do CP (já ocorreu de ex-policiais militares, saudosos de sua atuação, juntarem-se aos ex-colegas para vestir novamente a farda e voltar a atuar, situação que configura claramente o crime descrito).

⁴⁴¹ Sobre o tema da denúncia anônima, ver comentários abaixo, na subseção 3.3.3.

tenha conhecimento no exercício da função, sob pena de responsabilização por contravenção penal (LCP, art. 66, I);

d) admissibilidade de investigações conduzidas por particulares sem invasão de direitos fundamentais; é o que ocorre, por exemplo, nas investigações conduzidas por detetives particulares, nos termos da Lei n. 3.099/1957⁴⁴²;

e) dever de testemunhar sobre os fatos de que tenha conhecimento (CPP, art. 206), sob pena de responder pelo delito de falso testemunho na modalidade “negar ou calar a verdade” (CP, art. 342);

f) dever de prestar auxílio às pessoas em situação de risco, ou o dever de comunicação ao órgão público competente em caso de impossibilidade de auxílio direto sem risco pessoal, sob pena de responsabilização por omissão de socorro (CP, art. 135). No caso de a situação de risco à vítima configurar uma situação de flagrante delito, a omissão de comunicação às autoridades públicas poderá configurar eventualmente o crime de omissão de socorro;

g) dever de cumprir as disposições preventivas previstas em lei. Quando uma lei estabelece a obrigatoriedade de um cidadão cumprir uma determinada ação preventiva em relação à segurança coletiva, o cumprimento desse dever é uma expressão do dever mais genérico de cooperação com a segurança pública (v.g., a obrigação de circular com os pneus do veículo em bom estado de conservação é tanto uma prevenção de um acidente pessoal como um dever de segurança das demais pessoas que circulam em via pública)⁴⁴³;

h) dever de não obstrução da ação policial, sob pena de responsabilização por resistência, desobediência, fraude processual ou favorecimento pessoal e real (CP, arts. 329, 330, 347, 348, e 349). Esse dever é uma expressão do princípio mais amplo de proibição de obstrução do funcionamento do sistema jurídico.

⁴⁴² Sobre os canais de participação do cidadão na justiça penal, ver Santin, 2007:165 *et seq.*

⁴⁴³ De modo mais genérico, indicando que a atividade de prevenção criminal é um trabalho de todos os cidadãos, v. Valente, 2013:59.

2.2.3.4 Princípio da capacidade de funcionamento das instituições policiais

Como um dos subprincípios do princípio mais geral de eficiência na atividade policial, deve-se destacar os princípios da capacidade de funcionamento da Polícia, da praticabilidade pela Polícia das normas procedimentais e, em última análise o princípio da justiça do sistema de segurança pública⁴⁴⁴. Isso significa que, tendo a CRFB/1988 previsto em seu art. 144 as instituições policiais e incumbido-lhes a missão constitucional de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, e tendo ainda previsto no § 7º do referido dispositivo que a organização dessas instituições deve levar em conta sua eficiência, deve-se assegurar uma estrutura minimamente razoável para permitir o cumprimento dessa missão constitucional. Nessa perspectiva, sendo as instituições policiais essenciais à promoção da segurança pública e sendo esta um valor constitucional relevante, deve haver um investimento pelo Estado nessas instituições.

O princípio da capacidade de funcionamento das instituições policiais é expressão do dever de proteção do Estado e, portanto, de uma proibição de insuficiência de proteção (*Untermassverbot*)⁴⁴⁵. Ainda que a proibição de insuficiência não tenha um tratamento dogmático tão refinado quanto o da proibição de excesso (*Übermassverbot*), ela se configura como um limite inferior ao espaço de configuração do legislador, estabelecendo exigências mínimas⁴⁴⁶. Ela não se confunde com o princípio da necessidade (inexistência de outro meio menos gravoso), já que nem tudo que não é excessivo é efetivamente suficiente⁴⁴⁷. Ela também não impõe uma única solução ao caso (já que várias soluções podem superar o mínimo de suficiência, ainda que uma possa ser considerada mais eficiente que outra), mas permite o afastamento de uma solução que seja claramente insuficiente (não alcança sequer o mínimo de eficiência necessário). Há, portanto, um amplo espaço de conformação dado ao legislador para estruturar a atividade policial a partir do mínimo necessário⁴⁴⁸. De qualquer sorte, o princípio da

⁴⁴⁴ Destacando esses últimos princípios como princípios que regeriam a atividade e a interpretação jurídica das normas relativas à atividade da Administração Pública (e que, portanto, adaptamos ao nosso contexto), ver Wolff *et al.*, 2006:415.

⁴⁴⁵ Ver comentários acima, sobre a dupla face do princípio da proporcionalidade, no item 2.2.2.5.

⁴⁴⁶ Nesse sentido: Feldens, 2005:108-129.

⁴⁴⁷ Nesse sentido: Sarlet, 2004:105; Feldens, 2005:113.

⁴⁴⁸ Sobre o contorno dogmático da proibição de insuficiência, e sua relação com o controle judicial, ver ainda: Ávila, 2007:57-61; Streck, 2005.

capacidade de funcionamento das instituições policiais impõe um mínimo de concretização pelo legislador e deve ser um vetor de orientação na configuração da organização policial.

Para tanto, deve-se atribuir às instituições policiais uma estrutura humana e material minimamente razoável para o exercício eficiente da atividade policial, salários minimamente condignos com a função policial (que considere tanto o risco à vida nessas atividades quanto o necessário fator de profilaxia de eventual vulnerabilidade à corrupção)⁴⁴⁹, bem como atribuir à Polícia um instrumental de medidas de polícia suficientemente claro e eficaz para se atingir suas finalidades, com a necessária proteção dos direitos fundamentais envolvidos. Esse princípio também impõe que a própria instituição policial se organize de forma eficiente, assegurando as bases mínimas para uma atuação profissional e eficaz⁴⁵⁰. Para tanto, a Polícia deve prestar serviços apropriados às demandas locais, com uma análise eficiente das necessidades específicas⁴⁵¹. Há, portanto, um mandado de eficiência para os dirigentes das instituições policiais, de realizarem um planejamento estratégico e a direção tática das intervenções policiais.

O princípio da capacidade de funcionamento abrange também um dever de densificação da regulamentação legal da atividade policial. Na expressão de Wolff: “as leis devem ser, tanto quanto possível, conformadas de modo a poderem ser aplicadas pelas autoridades competentes sem grandes dificuldades desproporcionais. Isto é válido não apenas para o seu entendimento, mas também para a resolução ordinária de processos em massa”⁴⁵².

Enquanto vetor de política criminal, esse princípio deve orientar a fixação das atribuições das instituições policiais, evitando-se uma excessiva sobrecarga da atividade policial com atividades não prioritárias, em detrimento de atividades prioritárias. O princípio da

⁴⁴⁹ Sobre a remuneração policial, ver o art. B.5 da Declaração sobre a Polícia do Conselho da Europa (Anexo à Resolução n. 690 da Assembleia do Conselho da Europa): “o funcionário de polícia tem direito a uma remuneração justa, e devem ser considerados fatores particulares nomeadamente a importância dos riscos e das responsabilidades, assim como a irregularidade dos horários de trabalho”. Comentários em G.M. Silva, 2001:125. Correlacionando baixos salários como fator de risco de corrupção, ver ainda Ambos, 2009:313; Gómez Colomer, 2004:100; Malarino, 2004:141. Em nossa opinião, a relação entre salário policial e corrupção é a mesma entre o dinheiro e a felicidade: riqueza não garante felicidade, mas a ausência extrema de recursos financeiros proporciona infelicidade.

⁴⁵⁰ Na expressão de G.M. Silva, 2001:78: “uma Polícia profissional é uma Polícia bem formada, bem dirigida e bem equipada”.

⁴⁵¹ Jones, 2008:696.

⁴⁵² Wolff et al., 2006:420.

capacidade de funcionamento impõe um dever de contenção de atividades não prioritárias e um dever de estabelecimento legal de prioridades de atuação⁴⁵³.

2.2.3.5 Princípio da cooperação das instituições de segurança pública

Esse princípio, apesar de não estar explícito na CRFB/1988, está implícito num conjunto de disposições constitucionais, designadamente: o princípio da eficiência (CRFB/1988, art. 37, *caput*), o princípio da busca do bem público que informa todas as instituições públicas, bem como busca concretizar os princípios da celeridade (CRFB/1988, art. 5º, LXXVIII) e da economia de recursos (ou maximização de resultados).

Francisco de Sousa denomina esse princípio de “princípio da coordenação”, e que teria duas vertentes: uma horizontal e outra vertical, ou seja, em relação aos próprios pares dentro da instituição policial (quanto aos superiores um dever de respeito à hierarquia e quanto às divisões internas um dever coordenação interna), e quanto às demais instituições de segurança pública⁴⁵⁴. Hassemer fala de uma “capacidade de comunicação” da Polícia moderna com as demais instituições com as quais se relaciona, especialmente o Ministério Público⁴⁵⁵.

Apesar de haver uma divisão de tarefas entre as instituições policiais, não raro há uma sobreposição de possíveis esferas de atuação, especialmente no âmbito preventivo, na intervenção de restabelecimento da ordem, na gestão de emergências e as intervenções em flagrante delito, que são partilhadas tanto pela PM quanto pela PC (eventualmente até por outras agências, como o DETRAN para acidentes de trânsito, ou Bombeiros e Defesa Civil no caso de acidentes)⁴⁵⁶. Ademais, normalmente a atuação da PM será o primeiro elo de uma cadeia, que transportará suas ações à PC, já recolhendo informações importantes para o posterior aprofundamento das investigações pela PC, bem como a PC repassará suas informações investigativas ao Ministério Público (aliás, desenvolvendo toda sua ação sob a fiscalização obrigatória do Ministério Público), e este repassará o caso criminal ao juiz através da acusação (denúncia).

⁴⁵³ Sobre o problema das prioridades no âmbito investigativo, ver abaixo, item 3.4.3.5.

⁴⁵⁴ A.F. Sousa, 2009:48. Desenvolvidamente sobre o tema, v. A.C.M. Pereira, 2012; Valente, 2009b:509 *et seq.*

⁴⁵⁵ Hassemer, 1999:291.

Esse princípio constitui um mandado de minimização dos possíveis conflitos institucionais, especialmente entre a PM e PC, mas também entre PC e Ministério Público, para que tais instituições se integrem numa atividade de cooperação constante para exercer a atividade de policiamento (PM e PC) e de investigação criminal (PC e Ministério Público)⁴⁵⁷. Também implica numa obrigação de cooperação intra-institucional, entre as diversas divisões internas da própria instituição policial (unidades táticas, operações especiais, apoio médico, psicológico, de negociação, atendimento de emergências, especializadas em áreas determinadas). Eventualmente implica na necessidade de criação de equipes conjuntas de investigação para os casos de maior complexidade investigativa⁴⁵⁸.

O dever de cooperação impõe a obrigação de partilha de informações relevantes entre os diversos órgãos de segurança pública, seja entre as diversas Polícias (militar, civil e federal) quando haja inter-relação de atividades, seja dessas para com o Ministério Público (uma obrigação de não reserva de informações quanto ao titular da ação penal). O dever de colaboração também abrange os diversos membros do Ministério Público que, apesar de terem independência funcional, possuem a obrigação de atuarem de forma coordenada, de sorte que uma violação sistemática ao dever de colaborar com investigações conexas ou de proporcionar uma atuação uniforme em áreas sensíveis também configura uma violação do dever de colaboração e deveria ensejar algum mecanismo de correção deste desvio⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Destacando problemas generalizados de coordenação na área de segurança pública no Brasil: R. Aguiar, 2001:206-208. Argumentando que a ausência de cooperação gera omissões que violam direitos fundamentais dos cidadãos, v. Prenzler, 2009:43.

⁴⁵⁷ Não abordamos aqui se a efetiva unificação institucional da PM e PC seria a melhor solução para o tema (o que demandaria uma reforma constitucional), mas, ao menos, a criação de mecanismos institucionais de cooperação e não o fomento à “guerrilha institucional” entre ambas instituições. Sobre o tema, ver lição de Dotti, 2001:289: “O confronto – aberto e permanente – entre as Polícias Militar e Civil tem comprometido a missão preventiva de toda Polícia e administração da Justiça Criminal. Somente por eufemismo se poderia dizer que existe um conflito entre essas polícias. O que ocorre, na verdade, é uma guerra entre corporações em prejuízo da segurança dos cidadãos”.

⁴⁵⁸ Sobre o tema, ver F.C. Pereira, 2009:128-139.

⁴⁵⁹ Nesse sentido, ver o art. 371-bis do CPP italiano, que dispõe sobre a atividade de coordenação dos Procuradores Nacionais anti-máfia, que expedem recomendações de atuação uniforme aos Procuradores Distritais e, em caso de reiterada violação do dever de colaboração para a coordenação de investigações conexas, pode inclusive ensejar a sua remoção da investigação por decisão do Procurador-Geral. Em sentido semelhante, o art. 6.1 da Lei n. 53/2009 de Portugal (Lei da Segurança Interna) estabelece a obrigação de cooperação das forças de segurança pública, especialmente a obrigação de compartilhamento de informações que possam ser de interesse às atividades do outro órgão de segurança pública. O art. 18.3 prevê a obrigatoriedade de intervenção conjunta das instituições policiais em “incidentes tático-policiais graves”, assim considerados: “a) Ataques a órgãos de soberania, estabelecimentos hospitalares, prisionais ou de ensino, infra -estruturas destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população, meios e vias de comunicação ou meios de transporte colectivo de passageiros e infra -estruturas classificadas como infra -estruturas nacionais críticas; b) O emprego de armas de fogo em

Essa articulação das instituições policiais deve ser incentivada no âmbito administrativo mediante normas de organização e procedimentos, especialmente com a criação de sistemas de informação criminal partilhada e órgãos de articulação interinstitucional⁴⁶⁰. No âmbito da atividade de Polícia criminal, o Ministério Público dever ter uma participação ativa na construção das políticas de atuação policial, já que o resultado do trabalho investigativo criminal será direcionado ao Ministério Público para o ajuizamento da ação penal.

Esse princípio também determina a criação de mecanismos eficientes de solução dos eventuais conflitos de atribuições entre as diversas Polícias⁴⁶¹, bem como uma abertura das instituições de segurança pública às outras áreas estatais de possível interesse para a solução dos problemas sociais relevantes (saúde, assistência social, psicologia, educação, capacitação laboral *etc.*)⁴⁶².

circunstâncias em que se ponha em perigo a vida ou a integridade física de uma pluralidade de pessoas; c) A utilização de substâncias explosivas, incendiárias, nucleares, radiológicas, biológicas ou químicas; d) Sequestro ou tomada de reféns”. No mesmo sentido, o art. 10 da LOIC de Portugal (Lei n. 49/2008) estabelece que há um dever de cooperação e que, mesmo que um determinado órgão de investigação criminal não seja concretamente competente para atuar em determinada investigação, ele possui obrigação de comunicar os fatos fora de sua atribuição de que tenha conhecimento à entidade policial competente, sem prejuízo de já poder praticar os atos urgentes para impedir a consumação do fato e assegurar os meios de prova.

⁴⁶⁰ Nesse sentido, o art. 11 da LOIC de Portugal prevê a criação de um sistema integrado de informação criminal, a ser partilhado por todos os órgãos de polícia criminal (PJ, GNR, PSP e outros), com regra expressa de que o Ministério Público e o juiz de instrução podem a qualquer ter livre acesso às informações desse banco de dados. Também prevê a criação de um Conselho Coordenador dos Órgãos de Polícia Criminal, com competência para (art. 14 da LOIC): “a) Dar orientações genéricas para assegurar a articulação entre os órgãos de polícia criminal; b) Garantir a adequada coadjuvação das autoridades judiciais por parte dos órgãos de polícia criminal; c) Informar o Conselho Superior da Magistratura sobre deliberações susceptíveis de relevar para o exercício das competências deste; d) Solicitar ao Procurador -Geral da República a adoção, no âmbito das respectivas competências, das providências que se revelem adequadas a uma eficaz ação de prevenção e investigação criminais; e) Apreçar regularmente informação estatística sobre as ações de prevenção e investigação criminais; f) Definir metodologias de trabalho e ações de gestão que favoreçam uma melhor coordenação e mais eficaz ação dos órgãos de polícia criminal nos diversos níveis hierárquicos”.

⁴⁶¹ Indicando a relevância da acomodação das diversas atribuições concorrentes em matéria policial, com diversos exemplos de possíveis concorrências: Muniz e Proença Jr., 2007b:46.

⁴⁶² Considerando que “a política social é a melhor política criminal”, v. Hassemer, 1995:111. Comentando o conceito amplo de política criminal, v. Valente, 2013:65-

2.3 Legalidade

2.3.1 *Justificativas da submissão do Estado à legalidade*

A obediência à legalidade é um dos conceitos centrais da ideia de Estado de Direito, no qual se reconhece como legítimo apenas o governo subordinado às leis, e não às arbitrariedades do titular do poder estatal.

A obediência ao devido processo legal sempre esteve presente desde os primórdios do desenvolvimento do conceito moderno de Estado de Direito, desde a Carta Magna, passando pela Constituição Estadunidense (especialmente no âmbito da 5ª Emenda à Constituição, em 1791⁴⁶³). É certo que em sua gênese histórica, o devido processo legal estava ligado à aplicação de sanções criminais segundo um processo justo previamente previsto em lei, mas posteriormente evoluiu para consistir um parâmetro de aferição da legitimidade da própria lei, que deveria ser uma lei devida.

O Estado de Direito, como esquema de racionalização institucional das sociedades modernas, representa o anseio por um governo justo, um governo aceitável, e portanto, um governo guiado por um conjunto de princípios de justiça e de direito. O Estado de Direito exige um governo previsível, que assegura a segurança jurídica, com uma regra geral e abstrata, que respeita a igualdade jurídica já que todos se submetem igualmente à lei. Portanto, o Estado de Direito exige a juridificação do poder, a submissão a uma pauta normativa, de sorte que as relações entre Estado e cidadão correspondem a relações de poder normativizadas pelo Direito. Na clássica afirmação de Aristóteles, trata-se da preferência de um governo de leis sobre um governo de homens⁴⁶⁴. Representa, assim, a proeminência das leis sobre a discricionariedade estatal, uma tentativa de supremacia da razão sobre a vontade pessoal da autoridade: *rex nihil*

⁴⁶³ Nesse sentido, Sir Ivor Jennings discorria sobre o *rule of Law* como um direito a não ser molestado (“*push around*”, andar a empurrões com alguém) por nenhum funcionário público, a não ser que a lei diga que é possível, e ainda o direito a que o funcionário siga às formalidades legais e assegure que essa pessoa receba um tratamento justo, sob pena de abrir-se a possibilidade de queixar-se às instâncias adequadas do eventual tratamento arbitrário. Ver Menaut, 2001:58.

⁴⁶⁴ Aristóteles, 2009:143-144 (*Política*, III, 16), colocou o problema de “saber se é preferível que governe a melhor das leis ou o melhor dos homens” e concluiu “todo governante julga bem quando está devidamente instruído pela lei”. A razão dessa conclusão foi exposta logo antes: “quando se reclama a soberania da lei, reclama-se o império da Divindade e da Razão, porém, quem prefere que o homem governe, de certa forma também deseja pôr uma besta selvagem no governo, pois as paixões são como bestas e transtornam os governantes, ainda que eles sejam os melhores dos homens”.

potest nisi quod de iure potest (o rei apenas pode fazer o que o direito lhe permite fazer). O Estado de Direito é uma técnica de exercício da autoridade executiva e de sua limitação, concretizando a separação de poderes entre Executivo e Legislativo, com uma prevalência do Legislativo como câmara de ressonância da vontade popular⁴⁶⁵.

A lógica subjacente ao Estado de Direito é que a sua existência é justificada como um instrumento para a realização da pessoa humana, e seu pressuposto é um ambiente livre para poder desenvolver toda sua potencialidade. Assim, a razão de ser do Estado de Direito é potenciar o exercício da autonomia humana e, para tanto, as incertezas sobre a lei devem ser necessariamente eliminadas (virtualmente eliminadas ou substancialmente reduzidas). Assim, o Estado se auto submete a limites previamente estabelecidos para permitir que a liberdade dos cidadãos possa florescer. Assim, enquanto na perspectiva do cidadão a ausência de uma lei clara proibindo determinada conduta significa a liberdade de ação, para o Estado a ausência de uma permissão de restringir determinados direitos alheios significa a impossibilidade de fazê-lo. Essa distinção equivale à tradicional diferenciação dos aspectos da liberdade no direito público e privado: na esfera civil tudo é permitido desde que não seja proibido pela lei e na esfera pública só é permitido se for expressamente autorizado pela lei⁴⁶⁶.

A obediência à legalidade é assim um aspecto central da legitimidade no Estado de Direito, pois decorre da premissa de que as restrições serão autorizadas pelos próprios cidadãos que irão posteriormente sofrê-las e, portanto, se alguém obedece à norma que ele mesmo criou, continua sendo livre. Assim, o Estado de Direito necessariamente se complementa com a democracia, exige que se legitime a lei mediante sua origem nos representantes do povo⁴⁶⁷. Nesse perspectiva, a submissão do Estado à lei é a submissão do Estado à vontade popular. Ainda que a vontade popular seja necessariamente ambígua, marcada pela conflituosidade dos diversos interesses em jogo na sua formação, que partilham diferentes crenças, valores, e propostas de

⁴⁶⁵ Correia, 1987:18, 35.

⁴⁶⁶ Di Pietro, 2001:68.

⁴⁶⁷ Indicando o Estado de Direito não apenas como um estado formal de legalidade, mas como exigência de legitimidade política, derivada da legitimidade popular: Menaut, 2001. Analisando a relevância da democracia para o princípio da legalidade: Correia, 1987:30-32. Todavia, indicando a crise do tradicional paradigma da separação de poderes para o princípio da legalidade, especialmente pela proeminência do executivo na “concertação social” dos diversos interlocutores sociais, com o risco de governamentalização da participação democrática e uma alteração do paradigma tradicional do sentido da legalidade: Otero, 2003:143.

pautas de conduta, a legalidade constrói-se numa democracia através do consenso mínimo sobre determinadas pautas, que passam então a serem cogentes para a coletividade⁴⁶⁸.

Ocorre que o culto à democracia também encerra seus perigos, pois corre-se o risco de que maiorias circunstanciais venham a oprimir as minorias (a ditadura da vontade geral), ou mesmo que uma minoria que detenham o poder de convencimento da maioria num dado momento, venha oprimir todo o restante⁴⁶⁹. Esse perigo é especialmente sensível no âmbito da atividade policial, que pode ser direcionada de forma populista para uma resposta mais agressiva contra populações jovens, grupos minoritários ou socialmente desfavorecidos, com uma violação sensível do princípio da igualdade⁴⁷⁰. O Estado de Direito também não admite uma ditadura da maioria (como teorizada por Rousseau e concretizada pelos jacobinos), já que o Estado de Direito é uma ordem em que o povo politicamente maduro reconhece seus limites: não basta a democracia da maioria, exige-se uma democracia em liberdade. Autonomia política sempre pressupõe a autonomia privada e vice-versa⁴⁷¹. Como visto após a consolidação da revolução francesa, não basta enunciar os direitos sem assegurar mecanismos concretos de contenção do eventual arbítrio do próprio Estado. Assim, a democracia é um pressuposto de um sistema de proteção à liberdade, mas não exaure a necessidade de garantias adicionais. A positivação em nível constitucional de direitos fundamentais, como limites à atividade legislativa da maioria, é um dos marcos mais importantes na imposição de limites à atividade estatal⁴⁷². A democracia se realiza dentro do Estado de Direito, ambos os conceitos estão interligados pelo respeito necessário dos direitos fundamentais, conectados no Estado Democrático de Direito⁴⁷³. Como afirma Benda, “a democracia está limitada pelos direitos fundamentais e pelas decisões objetivas de valores neles contidas”⁴⁷⁴. Assim, o Estado de Direito material vai além da mera exigência de

⁴⁶⁸ Não desconsideramos que em muitas situações na atualidade o povo tem sido reduzido a uma figura icônica, instrumentalizado o vácuo discursivo das democracias pós-modernas. Sobre o tema, ver críticas de Müller, 2003:67-68. Sobre a conexão interna entre democracia e direitos fundamentais, v. Habermas, 1997(v. 1):113 *et seq.* Sobre o conflito entre democracia e direitos fundamentais, v. Alexy, 2009.

⁴⁶⁹ Benda, 2001:489.

⁴⁷⁰ Sobre o risco da distribuição desigual da atividade de segurança pública, ver acima, subseção 2.1.4. Ver ainda Jones, 2008:715.

⁴⁷¹ Habermas, 1997:116 *et seq.*

⁴⁷² Como diz Dworkin, 1984, os direitos são trunfos contra as maiorias (expressão reiterada por Novais, 2006a, e largamente repetida na doutrina sobre o tema).

⁴⁷³ Expressão utilizada na CRFB/1988, art. 1º, caput. Já CRP/1976, art. 2º, utiliza a expressão Estado de Direito democrático, no fundo ambas equivalentes. Sobre o significado específico de se aglutinar a expressão “democrático” ao Estado de Direito, ver Miranda, 2008:226-230.

⁴⁷⁴ Benda, 2001:490.

maioria, pois um estado justo também respeita os direitos das minorias e preocupa-se em uma igual distribuição dos direitos e deveres fundamentais. A legitimidade se obtém não apenas com a maioria, mas com o respeito ao ideal de justiça.

O Estado de Direito é necessariamente um estado constitucional, pois condiciona a legitimidade das leis elaboradas pelos representantes do povo à sua conformação aos princípios superiores que as regem. Essa submissão das leis ao sistema de princípios superiores que ordena e limita a ação do Estado é institucionalizado pela rigidez da lei constitucional e pela possibilidade de controle judicial da incompatibilidade hierárquica entre lei ordinária e constituição. Assim, o princípio da legalidade se estrutura de forma hierárquica, conforme os diversos níveis de hierarquia legal: Constituição, leis ordinárias, regulamentos administrativos. Isso impõe a leitura da lei de acordo com a Constituição, e a leitura dos regulamentos de acordo com a lei. A supremacia da Constituição, ainda que não tenha sido um requisito essencial do Estado de Direito em seu desenvolvimento histórico, foi uma consequência natural da supremacia dos limites nela positivados⁴⁷⁵.

O princípio do devido processo legal tradicionalmente é enfocado sob uma dupla perspectiva. Por um lado, é uma exigência de lei justa, lei racional, lei não arbitrária (aspecto material). Por outro lado também é uma exigência de subordinação do Poder Executivo às deliberações do Poder Legislativo (aspecto formal), de forma que as ações estatais sejam guiadas pelo respeito à lei⁴⁷⁶.

Na primeira perspectiva, exige a conformação da lei aos princípios constitucionais, e a própria leitura dos princípios constitucionais segundo uma ordem de valores superiores a anteriores (que poderia ser o direito natural, a declaração universal dos direitos do homem ou os atuais tratados internacionais sobre direitos humanos, em grande medida já positivados nas constituições). Não é possível falar em Estado de Direito sem essa necessária conformação do conteúdo da legislação com uma ordem normativa superior, pois um conceito material de Estado de Direito implica na exigência de um estado de justiça, de retidão material e não de mera previsibilidade das ações do Estado⁴⁷⁷. Não basta a existência de leis

⁴⁷⁵ Benda, 2001:495.

⁴⁷⁶ Sobre os aspectos material e formal do devido processo legal, ver Canotinho, 2000:492-5.

⁴⁷⁷ Benda, 2001:492.

regulamentando a restrição de direitos fundamentais, é necessário que tais leis não sejam arbitrariamente estabelecidas, que prevejam restrições nas hipóteses necessárias e que ofereçam proteção suficiente contra os eventuais desvios. De forma mais genérica, o devido processo legal em sua perspectiva material impõe a consideração do princípio da proporcionalidade como uma guia-mestre nas relações entre Estado e cidadãos, na medida em que institucionaliza um parâmetro racional de restrição de um direito fundamental para a afirmação de outro direito fundamental. A perspectiva de legitimidade intrínseca da lei impõe que a atividade legislativa, na seara penal, não seja guiada pelo clamor público, mas seja serena e refletida, guiada pelos princípios e garantias já decantados pela experiência humana.

Já na segunda perspectiva, o governo justificado é aquele que “cumpre sua obrigação jurídico-constitucional de governar segundo leis dotadas de unidade, publicidade, durabilidade e antecedência”⁴⁷⁸. A exigência de generalidade da lei é um pré-requisito para se respeitar a igualdade, já que todos estarão igualmente submetidos à mesma regra. A atuação do Estado nos termos da lei impõe uma postura ativa e passiva: sempre que a lei determinar a ação, o Estado deve agir, mas para restringir direitos dos particulares, o Estado apenas está autorizado a agir quando a lei o permitir. Nessa última perspectiva, a restrição de direitos pelo Estado exige uma reserva prévia de lei autorizadora da restrição⁴⁷⁹.

2.3.2 *Funções da legalidade*

A legalidade possui quatro funções: é um inegável elemento garantista no relacionamento entre cidadão e Estado, é instrumento de orientação política da ação do Governo pelo Parlamento, é fator de justiça e racionabilidade na ação estatal e é um fator de legitimidade da ação estatal, já que, em um regime democrático, a legalidade se liga com a expressão da vontade popular manifesta por seus representantes parlamentares⁴⁸⁰.

A proteção ao cidadão pela legalidade é feita pelos elementos de segurança jurídica e garantia de igualdade. Quando o Estado regulamenta uma determinada situação jurídica, cria no corpo social a expectativa de que tais normas serão cumpridas e, nessa medida,

⁴⁷⁸ Canotilho, 2003:95.

⁴⁷⁹ Canotilho, 2003:256.

⁴⁸⁰ Correia, 1987:188.

criam-se pautas de conduta que guiarão as interações sociais, permitindo, com base na confiança que a regra será cumprida, a estabilização das relações sociais sobre a pauta legal. Submissão do próprio Estado à legalidade também é um fator de segurança jurídica, já que significa previsibilidade das ações do próprio Estado⁴⁸¹. Nesse sentido, não haver arbitrariedade significa não estar à mercê da autoridade sem parâmetros de um governante ou de um de seus mandatários, mas, ao contrário, significa estar seguro de que a autoridade apenas será exercida contra um cidadão nas hipóteses autorizadas pela lei⁴⁸². Quando o Estado passa ele mesmo a descumprir sua pauta legal de conduta, ele passa a produzir insegurança jurídica quanto às expectativas de interação social.

Nessa perspectiva, o princípio da legalidade surge como guia da atividade administrativa (função diretiva) e como limite (reserva da lei para restrição de direitos). Quando do Estado liberal, o princípio da legalidade tinha uma feição marcadamente negativa, apresentando-se a lei como um limite. Com a evolução dos fins do Estado para uma perspectiva social, de prestações positivas, o conceito de “legalidade limite” também evolui para o de “legalidade critério”, que abrange tanto a obrigação de realizar determinados fins como a circunscrição a determinados meios colocados à sua disposição e respectivos limites⁴⁸³. Não basta não violar a lei (função de limite), é preciso agir nos termos do que prescreve a lei (função diretiva). No Estado de Direito, o Direito não é apenas uma forma de limitação do poder do Estado, é a única forma legítima de manifestação da atividade do Estado.

O princípio da legalidade possui uma especial ligação com o regime de restrição de direitos fundamentais. Como regra geral, significa um mandado de otimização, estabelecendo que a restrição de direitos seja feita sempre preferencialmente mediante uma estrita regulamentação legal, como instrumento de redução das arbitrariedades⁴⁸⁴. Em outras situações,

⁴⁸¹ Relacionando legalidade e segurança jurídica, entre outros, ver Wolff *et al.*, 2006:430; Grimm, 1989:27; Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:76.

⁴⁸² Nesse sentido, afirma Waldron, 2010:322, que “quando se fala de Estado de Direito, quer-se dizer, em primeiro lugar, que nenhum homem pode ser punido ou pode legalmente receber um sofrimento corporal ou em seus bens, exceto nos estritos limites do direito estabelecido na forma ordinária das leis, perante os Tribunais ordinários do país. Nesse sentido, o Estado de Direito é contraposto a qualquer sistema de governo fundado no exercício de autoridade por pessoas com poderes de restrição amplos, arbitrários ou discricionários”.

⁴⁸³ Correia, 1987:82; Correia, 1994:4. Já J. C.V. Andrade, 2001:337, fala da legalidade como pressuposto para a atividade administrativa.

⁴⁸⁴ Sobre os direitos fundamentais a normas de organização e procedimento, ver Alexy, 2002:454 *et seq*; J.C.V. Andrade, 2001:149. Sobre o princípio da legalidade como pressuposto de aplicação do princípio da

como uma regra específica, a Constituição condiciona a restrição de determinados direitos fundamentais à exigência de uma lei organizando os pressupostos e o procedimento de sua restrição. A questão delicada nessa área é a de delimitar em quais áreas específicas seria essencial uma efetiva regulamentação minuciosa da ação estatal, e em quais áreas seria aceitáveis uma certa “margem de folga” no reconhecimento da situação fática que legitima uma ação interventiva e na escolha dos meios necessários para atingir as finalidades legais. A solução não é dada de antemão. Todavia, a análise do texto constitucional, com suas diversas exigências de reserva de lei para a restrição de direitos fundamentais específicos, permite reconhecer que, por detrás dessas diversas regulamentações, há um princípio de natureza fundamental que aponta para a necessidade de regulamentação legal para a restrição de direitos fundamentais, e que, nessa medida, atua como um mandado de otimização. Essa exigência de regulamentação seria especialmente relevante nas situações de atos estatais restritivos de direitos marcados por características sensíveis, como o fato de se tratar de direitos fundamentais, da relevância do direito restringido para a segurança das pessoas em sociedade e da radicalidade da intervenção⁴⁸⁵. Em síntese, quanto mais relevante o preceito em questão, menos liberdade de conformação deverá ser concedida à Administração Pública para agir concretamente (ou regulamentar de forma complementar), pois haveria nessas situações um “dever crescente de densidade normativa” (*Regelungsdichte*)⁴⁸⁶.

O princípio da legalidade, como exigência de estruturação da atividade estatal de restrição de direitos, atua como um parâmetro de aferição da validade das normas restritivas de direitos fundamentais, que deve necessariamente estruturar as hipóteses de restrição de direitos em consonância com o princípio da proporcionalidade, densificando as hipóteses de intervenção estatal, e estruturando um procedimentos de restrição que assegurem que as eventuais brechas de

proporcionalidade para a restrição de direitos fundamentais em colisão: Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:76, que fala do princípio *nulla coactio sine lege*.

⁴⁸⁵ Correia, 1987:37-41.

⁴⁸⁶ Correia, 1987:53. A discussão sobre os limites da legalidade para a restrição de direitos fundamentais é tortuosa. Discorrendo sobre as posições relativas ao princípio da legalidade e o sistema de restrição de direitos fundamentais na Lei Fundamental de Bonn, Correia, 1987:84, afirma que há quatro posições sobre o tema: a extremamente minoritária, que não vê exigência de reserva legal exceto a dos direitos fundamentais que expressamente exigem, a minoritária que confina a legalidade à sua exigência tradicional, ou a dos que exigem uma reserva total de lei para a restrição de direitos fundamentais, e a majoritária, que entende que houve um substancial alargamento da exigência de lei para restrição de direitos fundamentais (derivada de um princípio implícito de reserva de lei para restrição de direitos fundamentais), sem, todavia, que se chegue a identificar com um estágio de reserva absoluta de lei para absolutamente todas as situações.

arbitrariedade sejam devidamente fechadas. Em uma situação extrema, é possível que se reconheça que uma determinada regulamentação legal da forma de restrição de determinados direitos fundamentais ofende o princípio da legalidade por não proteger suficientemente suas hipóteses de restrição, nem prever um procedimento suficientemente livre do risco de arbitrariedades sistêmicas⁴⁸⁷.

A obediência à legalidade é um princípio que também ele comporta suas exceções. Se em todas as situações a realização de um direito fundamental estivesse totalmente subordinada à regulamentação legal, se houvesse uma colisão entre dois direitos fundamentais a ação do Estado estaria condenada à omissão, que nem sempre seria condizente com a afirmação do direito fundamental mais relevante no caso concreto. Ademais, em circunstâncias excepcionais e de crise, o próprio Estado de Direito procura criar soluções para as hipóteses em que uma obediência cega à legalidade poderia conduzir a violações dos próprios princípios do Estado de Direito⁴⁸⁸. Todavia, mesmo nessas situações, as exceções devem confirmar a regra, aplicando-se tão somente a situações absolutamente marginais.

Também não se desconsidera que atualmente o próprio princípio da legalidade passa por uma crise. A maximização do valor eficiência em detrimento da segurança jurídica acaba por induzir a um sistema de *Soft Law*, no qual a lei possui um valor meramente de moldura de ação e seu conteúdo concreto é fortemente transferido ao aplicador. Assim ocorre com as normas em branco, que efetuam a remissão de seu conteúdo para atos administrativos, acabando o legislador por compartilhar com o executivo a função de dar conteúdo à norma para assegurar uma rápida adequação do sistema normativo à mutante realidade (ainda que com o sacrifício da certeza da lei diante do risco da constante mutação da regulamentação). Também o recurso a

⁴⁸⁷ Sobre o tema afirma Correia, 1987:41: “a enunciação de um direito fundamental no texto da constituição possui sempre um alcance que ultrapassa em muito o da automática (quando seja) submissão da matéria à reserva de lei: uma coisa é reservar ao legislador a criação de normas sobre certo tema sem limitar a sua liberdade de conformação do respectivo conteúdo, outra é estabelecer-lhe parâmetros que terá de seguir sob pena de invalidade da norma legislada”.

⁴⁸⁸ Sobre a teoria das circunstâncias excepcionais ou dos poderes de crise, ver Correia, 1987:64-66. Segundo Correia, 1987:65, “os efeitos mais frequentes da ocorrência dos pressupostos de excepcionalidade são o alargamento das competências, a dispensa de formalidades e a possibilidade de praticar atos cujo conteúdo contrarie as normas habitualmente aplicáveis”. Essa teoria de atenuação de disposições legais literais com a finalidade de correção de rumos em situações excepcionais teria uma versão moderna no princípio da proporcionalidade. Todavia, também há o risco de ser generalizada e distorcer a própria integridade da regra geral. No âmbito penal, uma tentativa de legitimação desses subsistemas de exceção às garantias tradicionais (com posterior alargamento do campo de incidência) é dada pelo chamado direito penal do inimigo de Jakobs. Ver comentários acima, na subseção 1.6.2.

normas temporárias, experimentais, acaba por prolongar-se e criar verdadeiros sistemas de exceção fundados na constância da emergência. Finalmente, uma estrutura excessivamente principialista do ordenamento jurídico, motivado pela necessidade de uma “proteção dinâmica dos direitos fundamentais”⁴⁸⁹, acaba por também induzir à ausência de parâmetros limitativos rígidos, com prejuízo parcial à tradicional segurança jurídica de fórmulas perfeitamente disciplinadas de intervenção estatal⁴⁹⁰.

Essas normas principialistas também são complementadas por regras elaboradas mediante conceitos jurídicos indeterminados, de conteúdo incerto, em parte fundamentada pela incapacidade do legislador de articular compromissos políticos sobre as questões a regulamentar, estabelecendo limites claros, o que acabam remetendo ao executor ou intérprete grande margem de maleabilidade a partir da moldura normativa para concretizar o direito. Todo esse conjunto de relativizações acaba por induzir um papel central da prática do executor na complementação do conteúdo da norma, bem como acentua o papel dos tribunais na definição dos possíveis sentidos concretos das normas principialistas e abertas.

Especialmente no âmbito da construção das normas de prevenção, a utilização de conceitos abertos tende a ser incrementada, já que se tratam de atividades de prognose de riscos orientadas para o futuro, não podem ser completamente antecipadas intelectualmente e, portanto, são sinalizadas apenas parcialmente em normas gerais e abstratas, que normalmente se limitam a estabelecer finalidades e pontos de vista a serem considerados⁴⁹¹.

Essas considerações sobre a legalidade no Estado de Direito possuem várias implicações para o exercício da atividade policial e, portanto, para o seu controle. Entendemos conveniente explicitarmos algumas delas.

⁴⁸⁹ Denninger, 1989:35.

⁴⁹⁰ A legalidade do Estado Social é uma legalidade complexa, já que positivam-se nas leis interesses normalmente contrapostos, o que em certa medida debilita sua função vinculativa. Daí porque emerge a relevância da moderna teoria dos princípios, como instrumento de compatibilização das antinomias inevitáveis no âmbito de tantos interesses contrapostos. Assim, a vinculação à legalidade no âmbito de interesses antagônicos inerentes ao Estado de Direito Social não deixa de ser uma legalidade principialista. Sobre a distinção entre regras e princípios, ver Dworkin, 2002, para o qual “as regras são aplicadas na lógica do tudo ou nada” (*ibidem*: 39), enquanto o princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular; [e] sobrevivem intactos ainda quando não prevalecem” (*ibidem*: 41 e 57). Sobre a estrutura principialista das regras de direitos fundamentais, ver Alexy, 2002:81-172; Zagrebelsky, 1999:109-110; Canotinho, 2003:1255.

⁴⁹¹ Acentuando essa característica das normas relativas à atividade de prevenção, ver Grimm, 1989:15.

2.3.3 A relevância da legalidade policial

Como visto, um dos postulados do Estado de Direito é vedar a existência de espaços de poder não guiados por pautas de racionalidade, que permitiriam transformar-se em espaços de arbitrariedades. Essa preocupação é especialmente sensível no âmbito da atividade policial por vários motivos.

O exercício da atividade policial é um dos mais sensíveis para o sistema de proteção de direitos fundamentais, pois o policial possui a prerrogativa legal de poder utilizar a força para executar suas funções, e a experiência demonstra que é relativamente usual que haja algum nível de resistência à atuação policial, que acabe legitimando o uso da força.

Na regulamentação da atividade policial estão em jogo os interesses mais importantes da pessoa, como a possibilidade de restrição imediata da liberdade de locomoção, o uso da força contra o corpo de uma pessoa para executar ordens, a violação do lar e restrições graves à intimidade. Portanto, ainda que a Polícia não trabalhe exclusivamente com o uso da força, e nem seja a Polícia a única instituição estatal que possa usar a força, a possibilidade de recorrer ao uso da força é uma característica dramática da atividade policial⁴⁹². Em situações muito excepcionais, a Polícia pode até mesmo receber um “sinal verde” do Direito para “atirar para matar”. Esses são poderes sensíveis e o paradigma do Estado de Direito exige cuidados especiais de regulamentação legal para se evitar o eventual arbítrio⁴⁹³.

Por outro lado, o uso da força e de outros mecanismos restritivos de direitos está imanente à atuação policial, como uma espécie de poderes implícitos da intervenção policial. Por exemplo, quando a lei prevê a diligência de prisão em flagrante, está implícito nessa diligência o poder de usar da força necessária para poder executar essa medida; quando uma lei autoriza a realização de uma revista pessoal ou de um controle de identificação, ela pressupõe

⁴⁹² Indicando que a possibilidade de recorrer ao uso da força é uma das características marcantes da atividade policial: Bittner, 2003:220. Ver comentários que já tecemos supra na seção 1.2.

⁴⁹³ Sobre o problema da legalidade policial, afirma Ferrajoli, 2002:613-614: “Pouco importa que em um país não exista pena de morte se a morte é infligida ilegalmente, como sucede em muitos regimes ditatoriais ou, também, por meios extralegais, como sucede em muitos países avançados nos confrontos constantes e injustificados entre a Polícia e os delinquentes. [...] Podemos ter um processo penal perfeito, mas ele será sempre uma pobre realidade se o monopólio judiciário do uso da força contra os cidadãos não for absoluto e exista uma força pública que aja sem vínculos legais. O caso limite e dramático acontece [...] também nos ordenamentos nos quais o princípio da legalidade é formalmente respeitado, o monopólio penal e judiciário do uso da violência pode ser esvanecido

uma restrição tangencial à liberdade de locomoção pelo período de tempo estritamente necessário para realizar tais diligências na via pública; quando a lei autoriza a realização de uma busca domiciliar, está implícito o poder de superar as resistências mediante o arrombamento e a imobilização das pessoas que tentarem obstar a diligência; para assegurar a realização de uma colheita de depoimento de testemunha é possível a realização de uma condução coercitiva. A atuação policial possui como característica o poder de constrição implícito, pois não é possível haver um vazio jurídico entre a missão legal a previsão, ainda que implícita, dos meios necessários para levá-la a cabo⁴⁹⁴.

Falar em uso da força no Estado de Direito significa necessariamente analisar a restrição de direitos fundamentais (que haviam sido levantados como limites à ação do Estado). Isso não significa que não seja possível a restrição desses direitos fundamentais para a realização de outros valores comunitários, mas tais restrições não de ser sempre evitadas o tanto quanto possível e, quando realizadas, deverão ser justificadas pela realização de valores mais elevados e ainda assim especialmente protegidos mediante um procedimento de proteção contra as eventuais arbitrariedades. Portanto, as medidas de polícia em um Estado de Direito são necessariamente uma área sensível do Estado, objeto de cautelas especiais, de especial exigência de concretização do princípio da legalidade.

Além da possibilidade de usar a força, a atividade policial está marcada por três outras características que a tornam especialmente problemática. Primeiro, há a usual urgência da intervenção policial: alguém deve fazer alguma coisa e o momento é agora⁴⁹⁵. A urgência da intervenção nem sempre possibilita reflexões ponderadas sobre todas as implicações possíveis de

pelos poderes paralelos mais ou menos verificáveis em tema de liberdade conferidos pelas mesmas leis às forças policiais”.

⁴⁹⁴ Sobre os poderes implícitos de coerção no âmbito da atividade policial, afirma Buisson, 1988:520, que não é admissível que haja um vácuo jurídico, ou seja, “uma inadequação entre a missão legalmente estabelecida e os meios jurídicos previstos”. Todavia, tratando-se de restrição de direitos fundamentais, a mediação de lei para a concretização da restrição de direitos no âmbito da atividade policial é uma exigência constitucional para “reforçar a legitimidade democrática das forças de segurança no quadro político-constitucional e no sentido de que o regime das forças de segurança não é da reserva de competência do executivo” (Valente, 2009b:48).

⁴⁹⁵ Bittner, 2003:234. Sobre a imediatidade e usual urgência da atuação policial e o dilema da abertura discricionária dessa atuação, discorrem Muniz e Proença Jr., 2007b:42: “Ela tem lugar numa sucessão de eventos, conexos ou desconexos, contínuos ou descontínuos, envolvendo dinâmicas multi-interativas entre diversos atores. As intensidade, densidade e consequência destas dinâmicas impõem a tempestividade do agir policial e explicam o caráter limitado, provisório, de suas soluções. Isso torna impossível predeterminar a ação policial em cada situação, exigindo o uso discricionário dos poderes do mandato. Afinal, os elementos singulares presentes em uma

uma dada circunstância, recomendando-se, portanto, que o julgamento das situações mais ordinárias já seja adiantado, tanto quanto possível, pela lei e esteja devidamente interiorizado pelos policiais mediante o treinamento específico. Em segundo lugar, há uma natural imprevisibilidade para a grande maioria das situações possíveis que demandem a intervenção policial⁴⁹⁶. Apesar de haver um grande número de situações ordinárias que se repetem, ou que podem ser previstas, há sempre a possibilidade de uma situação nova, ou de variáveis concretas trazerem especificidades que possam mudar totalmente a forma da abordagem policial. Finalmente, a atividade policial normalmente se realiza na rua, fora da supervisão direta de um superior hierárquico e muitas vezes fora da visão de testemunhas, e sem muito espaço para evitar imediatamente a ocorrência de uma arbitrariedade policial mediante o recurso à intervenção prévia de um terceiro (diante da imediatidade da ação policial), de sorte que o controle da eventual arbitrariedade policial é sempre posterior (mediante o reconhecimento da ilicitude probatória ou a responsabilização do policial desviante).

Essas três características (urgência, imprevisibilidade e impossibilidade em geral de controle *a priori*) criam uma tensão sensível com o princípio da legalidade, impondo um detalhamento altamente refinado das possíveis modalidades de intervenção policial, de diversas variáveis concretas a serem levadas em consideração e, ainda assim, da previsão excepcional de possibilidade de existência de uma situação concreta não anteriormente prevista, mas diante da qual ainda assim será necessária uma intervenção, o que acaba por impor o reconhecimento de algum nível de poder discricionário na atividade policial. A máxima regulamentação possível da atividade policial confere segurança jurídica ao cidadão e previsibilidade das hipóteses de intervenção policial, que, como visto, são duas finalidades clássicas do princípio da legalidade enquanto baluarte de segurança jurídica. Ainda assim, uma grande gama de situações pode não estar minuciosamente disciplinada na lei, o que remeteria o policial a cláusulas genéricas de parâmetros de atuação que concretamente acabam por conceder certa margem de atuação, mediante controles posteriores.

Ademais, estudos criminológicos demonstram que há concretamente vários fatores que acabam por influenciar o exercício concreto da discricionariedade policial, não

situação particular podem constituir o relevo mais importante na solução policial. E é impossível conhecê-los até que se revelem de maneira concreta, imediata, presente numa situação”.

⁴⁹⁶ Bittner, 2003:236.

necessariamente guiada por critérios de utilidade pública. Estereótipos de criminalidade podem guiar a atividade policial (grupos étnicos ou classes socialmente excluídas), normalmente cidadãos que reagem à abordagem policial de forma educada tem maior probabilidade de serem tratados com leniência que outros que reagem com falta de educação ou com petulância (v.g., exigindo direitos), a Polícia ordinariamente dá mais relevância a determinados crimes (v.g., furto ou roubo) ou outros (v.g., ameaça em situação de violência doméstica), e privilegia a investigação dos crimes que ela mesma iniciou a investigação que outros iniciados por reclamação de terceiros, em muitas situações a legalidade é submetida a um juízo pessoal de conveniência pelo policial (se ele acredita que a lei não é justa tenderá a aplicá-la em menor intensidade, se entende que é pior para a vítima uma prisão tenderá a evitá-la, ou se entender que outras atribuições são mais urgentes relegará a segundo plano outras intervenções). Em algumas situações, o policial acaba por negociar omissões em troca da colaboração de informantes ou eventualmente de pequenos favores pessoais⁴⁹⁷. Um uso não controlado da discricionariedade policial pode gerar problemas de discriminação, violações ao devido processo legal, desgastar a confiança da comunidade na Polícia e inviabilizar que se atinjam as metas institucionais⁴⁹⁸.

Portanto, a exigência de regulamentação legal da atuação policial, retirando do policial grandes espaços para construção da regra jurídica a ser aplicada e dando-lhe já de antemão uma regra de contornos razoavelmente bem delimitados mostra-se como um instrumento de prevenção de possíveis arbitrariedades. É necessária uma estrita regulamentação da atividade policial, com balizas claras de atuação que já levem em consideração os possíveis interesses contrapostos e a necessidade de ser eficiente sem arbitrariedades, para que aja o posterior controle a partir dessa pauta; portanto a regulamentação é um fator essencial para que exista a *accountability* na atividade policial⁴⁹⁹. Entre os mitos da inexistência de discricionariedade na

⁴⁹⁷ Ver em geral: Gaines e Kappeler, 2008:231-280; Walker e Katz, 2008:358-380; Armacost, 2004:512.

⁴⁹⁸ Walker e Katz, 2008:361. Também Goldstein, 2003:139, argumenta que, considerando que o exercício da discricionariedade na esfera policial é feito na esfera mais baixa da organização (nível operacional), há uma natural tendência para o abuso, de forma que as decisões sejam feitas de acordo com interesses de grupos de pressão dominantes, ou ainda sejam “baseadas em preconceitos pessoais, em considerações político-partidárias, no desejo pessoal de poder ou, onde o ambiente for corrupto, em ter ganhos monetários”.

⁴⁹⁹ Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:70, indica que a legalidade é um pressuposto da utilização do princípio da proporcionalidade enquanto técnica de restrição de direitos fundamentais para a realização de outros direitos conflitante. Lazzarini, 1999:37, afirma que estudar o poder de polícia é estudar os mecanismos de contenção do possível abuso de autoridade. Relacionando a estrita regulamentação legal da atividade policial com *accountability*: Jones, 2008:713. Segundo Walker, 2001:93, a construção e constante revisão das diretrizes formais de atuação policial são os elementos mais relevantes para se produzir mudanças institucionais e, portanto, alcançar-se melhorias de longo prazo na atividade policial. Lasso, 2001:223, afirma que as normas éticas de

atividade policial, e da inevitabilidade da abertura de espaços livres de atuação e da desnecessidade de seu controle, o Estado de Direito deve trabalhar com o paradigma do reconhecimento da potencial existência de discricionariedade, a sua regulamentação para diminuição dos espaços, e o posterior controle⁵⁰⁰.

O art. 144, *caput*, da CRFB/1988, estabelece que uma das funções das instituições policiais é a defesa da ordem pública, que corresponde à defesa da legalidade democrática. Não é possível defender a legalidade atuando fora da legalidade⁵⁰¹. Portanto, a obediência à legalidade é um fator essencial de legitimidade da atuação policial. Há aqui um problema de filosofia política subjacente, que consiste no reconhecimento de que todo exercício de poder, para ser legítimo pressupõe prévio consentimento, e tal consentimento se dá através da pactuação de que uma determinada sociedade, em determinado local e tempo, aceita determinadas formas de intervenção em seus direitos fundamentais como forma legítima de promoção dos valores comunitários relacionados à realização da segurança pública. Tal pactuação, nas democracias, ocorre através do processo legislativo⁵⁰². Portanto, a legitimidade da assimetria de poderes entre Polícia e cidadão se legitima pela adesão da primeira aos limites de seu mandato democrático. É exatamente essa pactuação que diferencia as Polícias das forças invasoras externas de manutenção de ordem em um país dominado: quem manda na Polícia são os cidadãos, não se trata de uma ordem imposta, mas democraticamente aceita⁵⁰³.

Nessa perspectiva, podemos dizer que a Polícia não é um órgão de aplicação da justiça, mas de condução de situações delituosas ao sistema jurisdicional. A separação de poderes impõe que a Polícia não possa se arvorar em ser já ela o órgão que ministrará a sanção (uma

atuação policial devem ser claras, pois no exercício de suas funções os policiais: “(a) devem resolver dilemas morais; (b) devem resolver situações em relação às quais pensam poder violar a lei, para a obtenção de resultados; (c) estão submetidos a influências corruptíveis”. Grimm, 1989:27, destaca a relevância da disciplina da atuação policial para a admissibilidade de sua efetiva fiscalização, todavia, conclui de forma relativamente pessimista que a extrema dificuldade de regulamentar todas as situações de prevenção acaba por colocar em cheque o próprio conceito tradicional de Estado de Direito e o substrato do próprio constitucionalismo liberal.

⁵⁰⁰ Davis, 1969, propõe três níveis de controle da discricionariedade administrativa da Polícia: confinar a discricionariedade (reduzindo-a com a máxima regulamentação possível das hipóteses de atuação), estruturar a discricionariedade (com princípios gerais que dão um norte à decisão) e criar mecanismos de controle do exercício da discricionariedade (controle interno e externo). Comentários em Walker, 2005:46 e Goldstein, 2003:147.

⁵⁰¹ Indicando o paradoxo: Valente, 2009b:137.

⁵⁰² Relacionando a legitimidade do uso do poder de coerção no âmbito do mandato policial com a prévia pactuação democrática das medidas de polícia que a própria sociedade irá suportar, mediante a adesão coletiva, a pactuação política e a legalidade, ver Muniz e Proença Jr., 2007b:38. Indicando a necessidade de maior regulamentação da discricionariedade policial no Brasil: D.C. Ribeiro, 2003:308.

atuação policial tão gravosa que já seja uma pena em si), mas há que se permitir que a atuação policial permita conduzir a situação controvertida para o espaço jurisdicional para que aqui se realize a verdadeira justiça, com as garantias inerentes ao espaço de justiça (em especial, a possibilidade de impugnação jurisdicional). Não é possível atribuir à Polícia espaços de realização de uma justiça informal fora dos quadros do direito, especialmente fora do quadro de respeito aos direitos fundamentais. Isso porque, por definição, a Polícia reage de forma imediata a demandas imediatas, segundo os padrões legalmente prescritos. Enquanto o tempo da Polícia é imediato, o tempo do direito é necessariamente mais sereno e refletido, sem a precipitação da urgência⁵⁰⁴. A urgência da necessidade da intervenção policial marca sua também necessária precariedade e submissão a controle posterior.

Portanto, especialmente no âmbito do controle da atividade policial, surge para o legislador uma obrigação constitucional de dar operacionalidade prática à estruturação de um sistema de atuação policial não tendente à arbitrariedade, concretamente regulado e apto a fornecer segurança-jurídica nas relações policial-cidadão⁵⁰⁵. A esse conjunto de disposições normativas relacionadas à atuação policial a doutrina estrangeira convencionou denominar de

⁵⁰³ Muniz e Proença Jr., 2007a:237.

⁵⁰⁴ Indicando que muitas vezes os policiais se arvoram no direito de aplicar a justiça do caso concreto, à margem da lei: Bittner, 2003:230. Sobre o tempo da justiça, ver Homem, 2006:112 (para uma perspectiva da sua concretização histórica) e Gloeckner, 2009 (para uma visão das relações entre tempo e direito e suas repercussões no processo penal). Ver ainda A.S. Dias, 2008a:143, recapitulando a distinção clássica entre “delitos criminais” e “delitos de polícia”, estes últimos direcionados às violações à ordem pública, e assentados no velho (e superado) princípio de que “a atividade de polícia se pauta exclusivamente pelas Pragmáticas do soberano e é judicialmente insindicação. A administração de polícia presta contas unicamente perante o rei e suas inspeções”.

⁵⁰⁵ Sobre o dever de concretização legislativa das imposições constitucionais, ver Canotilho, 2003:519.

*direito policial*⁵⁰⁶. A progressiva normatização da atuação policial é um fenômeno reconhecível em todo o mundo, mesmo nos países de tradição da *Common Law*⁵⁰⁷.

A questão problemática no âmbito da atividade policial é até onde é essencial a disciplina minuciosa da atividade policial (ou uma predeterminação gradual das hipóteses de intervenção policial) e a partir de onde é admissível a previsão de alguma liberdade de ação aos agentes policiais para o exercício de sua atividade, uma “folga” interpretativa das “amarras” da legalidade. Aqui está em discussão a legitimidade à luz do paradigma do Estado de Direito de se conceder margens de discricionariedade de atuação à Polícia.

A discussão da discricionariedade está ligada à efetiva capacidade de normativizar todas as possíveis situações da vida passíveis de intervenção policial. Caso se reconheça que o legislativo não pode regulamentar todas as situações possíveis com as quais a Polícia irá se deparar e se mesmo assim é essencial que haja uma intervenção diante dessas situações não previsíveis, então será inevitável assegurar algum nível de discricionariedade para o exercício da atuação policial, seja mediante cláusulas expressamente atribuindo discricionariedade, seja mediante a regulamentação através de conceitos jurídicos indeterminados, que acabam por transferir parte da atividade de preenchimento de conteúdo da norma jurídica ao interprete (no caso, ao executor). A *contrario sensu*, se é possível prever

⁵⁰⁶ Em Portugal, utilizando a expressão “direito policial”, ver Raposo, 2006b e Valente, 2009b. Na França, utilizando a expressão “Direito da Polícia”, ver Vlamynck, 2009 e Decocq *et al.*, 1998. Na Itália, Franco, 2009, usa a expressão “Direito de Polícia” enquanto D’Ambrosio e Vigna, 2003, preferem a expressão “prática da polícia judiciária”. Hassemer, 1999:273, refere-se a um “direito policial”. Ferrajoli, 2002:613, fala de um “subsistema penal de polícia” e um “direito policial”, ainda que com severas críticas sobre sua exclusão da estrita legalidade penal por amplos espaços de discricionariedade administrativa, concluindo que “o Direito de Polícia, porque direito inferior, ou pior, não direito, representa, talvez, o setor mais negligenciado dos estudos acadêmicos” (Ferrajoli, 2002:616). O Direito de Polícia, apenas de não ter plena autonomia teórica, constitui-se num conjunto de disposições dispersas em diversos diplomas legislativos que regulamentam a atividade de polícia e os limites das relações entre Estado e cidadão no âmbito das atividades de defesa da ordem jurídica (legalidade pública), garantia da segurança interna e dos direitos dos cidadãos, no âmbito local, estadual, nacional e mesmo internacional (conforme as normas de cooperação policial internacional).

⁵⁰⁷ Na Inglaterra, tradicionalmente os poderes da Polícia eram estabelecidos pelos precedentes; todavia, desde 1984, o *Police and Criminal Evidence Act* (PACE) trouxe importantes regras para a normatização da atuação policial, posteriormente complementado por sete códigos de práticas policiais (Jones, 2008:713; Cuadrado Salinas, 2010:231 *et seq.*). Nos EUA, além dos precedentes clássicos da Suprema Corte sobre a atuação policial (como *Mapp*, *Miranda*, *Gideon* e outros), a tendência é de regulamentação estrita da atuação policial no âmbito administrativo: Walker, 2001:93. Sobre a relevância da regulamentação de quais são os casos de corrupção, a Reino Unido editou o *Bribery Act*, de 2010, que regulamenta inclusive que as empresas privadas podem ser responsabilizadas pela corrupção de seus funcionários, caso não tenham tomado as medidas necessárias para evitá-la (o que inclui uma regulamentação minuciosa do que é ou não um ato de corrupção).

minimamente as hipóteses de intervenção, o postulado do Estado de Direito determina que tais hipóteses de intervenção estejam devidamente regulamentadas.

Assim, o problema da discricionariedade estaria na impossibilidade de se pretender regulamentar todas as situações passíveis de intervenção pela Administração Pública, e especificamente pela Polícia, situação em que o reconhecimento de algum poder discricionária seria incontornável. Como lembra Benda, “leis perfeccionistas ao extremo de detalhes e uma Administração que se esgota na execução literalmente fiel da lei têm como efeito menos a culminação do Estado de Direito que sua redução a uma caricatura”⁵⁰⁸. Inúmeros autores tem destacado que a atividade policial é marcada pela contingência de demandas tão singulares que nem sempre seria possível uma regulamentação minuciosa a priori⁵⁰⁹. Também uma excessiva regulamentação poderia conduzir à pulverização da norma (em diversas leis e diversos regulamentos que inviabilizariam a plena compreensão da lei pelo cidadão e mesmo pelo executor)⁵¹⁰, ou ainda induzir uma eventual ineficiência da atividade policial, com a posterior redução dos casos solucionados ou de sucesso nas acusação⁵¹¹. O problema é especialmente sensível em relação à atividade de prevenção criminal, pois ela é marcada pelo não conhecimento antecipado de todos os riscos possíveis e agravada pela exigência de eficiência na atividade se evitar tais riscos, o que acaba por gerar um déficit de prévia controlabilidade dessa atividade e, portanto, uma crise para o paradigma tradicional do Estado de Direito⁵¹².

Assim, o reconhecimento de que há algumas hipóteses de necessidade da intervenção policial que não serão regulamentadas cria um impasse: caso se considere que mesmo nas situações extremas não será admissível qualquer espécie de intervenção policial,

⁵⁰⁸ Benda, 2001:502. Discorrendo sobre essa problemática no âmbito mais genérico do direito administrativo, afirma Correia, 1987:36, que “opõem-se outros à inadequação funcional da instituição parlamentar para produzir todos os critérios de base necessários à condução de uma sociedade de estrutura crescentemente complexa, cujos problemas cada vez mais dependem dos contributos da técnica”.

⁵⁰⁹ Conferir Bittner, 2003:220: “a conveniência da ação policial é, em primeiro lugar, determinada em relação à natureza particular e real do caso em questão, e apenas de modo secundário pelas normas gerais”. Reconhecendo a extrema complexidade da plena regulamentação de toda a atividade policial, ver Brown, 1981. Lustgarten, 1986: cap. 10, fala de uma verdadeira “caixa preta” da discricionariedade policial, na qual se controlaria apenas os inputs e outputs, sem controles sobre os processos decisórios. Como veremos adiante, essa visão de Lustgarten está parcialmente equivocada, pois é possível reduzir substancialmente os limites do exercício do poder discricionário policial.

⁵¹⁰ Referindo o “aluvião de normas” como uma espécie de “excesso de Estado de Direito”, ver Benda, 2001:517.

⁵¹¹ Relacionando a redução da discricionariedade policial com a possibilidade de redução do sucesso da acusação: Nelken, 2010:49.

⁵¹² Acentuando os problemas de controlabilidade da ação preventiva: Grimm, 1989:26.

estará se condenando de antemão ao sacrifício possíveis direitos fundamentais, mediante a inação policial por ausência de regulamentação⁵¹³.

O problema é que, no âmbito das ações de Polícia criminal estão as restrições mais graves possíveis aos direitos fundamentais (que culminam com a restrição da liberdade de locomoção e o uso da força para a execução das diligências policiais) e, se margens mais largas de discricionariedade administrativa são relativamente aceitáveis em outras áreas do direito administrativo, na área da atividade policial de restrição de direitos fundamentais ela deve ser sempre e necessariamente residual em nome do princípio geral de vedação de arbitrariedades⁵¹⁴.

Em uma área tão sensível como a de autorização do uso da coerção física, que corresponde à máxima situação restritiva de direitos (o domínio do corpo), ou de diligências que podem expor a coletividade a outros riscos colaterais, as margens de discricionariedade devem ser limitadas ao mínimo possível e essa é a função tanto do legislador quanto dos órgãos de controle. Em matéria de limitação de direitos fundamentais, de importância tão elevada quanto a ingerência na liberdade pessoal, a regulamentação legal deve ser delimitada, específica e mensurável, para permitir o devido controle⁵¹⁵. Destarte, o controle da discricionariedade no âmbito da esfera policial, especialmente na restrição de direitos fundamentais, assume uma dimensão especialmente relevante para o Estado de Direito. Quanto mais regulamentada for a

⁵¹³ Benda, 2001:508, afirma que há um limite imanente entre segurança jurídica e justiça, que permitiria nas situações excepcionais favorecer a justiça, de sorte que “há que se ponderar entre as dimensões do dano à confiança do indivíduo e o significado do projeto legislativo para os interesses gerais”.

⁵¹⁴ Como lembra Benda, 2001:502, quando mais graves as restrições na esfera de direitos dos cidadãos, mais rigorosas devem ser as condições que legitimam a ação do Estado, e o grau de probabilidade exigido para sua intervenção. No sentido do texto, conferir Correia, 1994:5: “Em suma, embora se encontre com frequência nos manuais clássicos de Direito Administrativo, ainda um pouco com ressaibo de uma herança histórica que vem do século XIX, a afirmação de que a Polícia administrativa é o setor da atividade da Administração onde os poderes discricionários tendem a ser mais extensos, eu diria que isso poderá, porventura, acontecer no domínio de certas Polícias administrativas especiais: polícia do meio ambiente, polícia da economia, polícia do trabalho, *etc.*, mas não assim no tocante àqueles poderes de polícia geral, que se traduzem na prática de medidas de polícia, isto é, de atos jurídicos ou físicos de constrangimento dos indivíduos. Aí, pelo contrário, a margem de discricionariedade é limitada, porque ela não envolve, em princípio, uma livre escolha da conduta, uma criação, uma invenção, pelo próprio agente administrativo, da conduta que naquele caso é mais adequada, porque ele está limitado a escolher condutas que a própria lei já descreve”.

⁵¹⁵ O limite da possibilidade de controle de atos discricionários nem sempre é fácil de ser estabelecida. Correia, 1987:135, citando Walter Schimdt, indica a solução desse impasse com o recurso à distinção entre “incertezas condicionadas pela linguagem”, solucionáveis mediante raciocínios discursivo-teoréticos e, portanto, sindicáveis pelos órgãos de controle, e “incertezas de avaliação da situação concreta”, solucionáveis mediante raciocínios causal-teoréticos, e cujo controle seria meramente negativo, mediante o recurso ao princípio da proporcionalidade (decisão evidentemente inadequada, desnecessária e desproporcional). Ressaltando a importância da técnica de densificação de pressupostos no tocante às medidas de polícia restritivas de direitos, ver Correia, 1994:6.

restrição de direitos pelo Estado, mais segurança haverá na perspectiva dos cidadãos e, portanto, mais se aproximará do ideal de proteção inerente ao Estado de Direito⁵¹⁶. O Estado de Direito não se contenta com máscaras de legalidade, que na verdade contém fórmulas vazias de exercício de poder tendentes ao arbitrário, mas exige uma regulamentação estrita do exercício de poder contra um cidadão.

Tais diligências policiais restritivas de direitos fundamentais também são funções inerentes à dinâmica do processo penal em sua fase preliminar (investigação criminal) e, portanto, quando ligadas à possível descoberta de uma infração penal, sua regulamentação se reconduz à lógica do direito penal e processual penal, marcado pelo princípio da legalidade enquanto vetor reitor da composição dos interesses em jogo (liberdade vs. segurança)⁵¹⁷.

Aqui, não se pode perder de vista que o exercício da atividade de policiamento, apesar de lidar com as violações mais sérias dos direitos dos cidadãos pelo crime, também é em si uma das fontes mais sérias de riscos de novas lesões de direitos fundamentais e, nessa medida, sendo uma atividade rotineira de fornecimento de segurança pública, não pode se contaminar com a rotina da emergência, mas deve assegurar sua legitimidade mediante o respeito aos parâmetros legais de atuação. Isso porque, especificamente na atividade policial, a função de prestar a segurança pública e as restrições a direitos no exercício dessa atividade estão interligadas e não podem ser separadas. No Estado de Direito há uma reserva legal quanto à atividade policial, no sentido de que a Polícia apenas pode agir para restringir direitos fundamentais nas áreas e com os instrumentos que a lei lhe concede.

Por outro lado, uma série de ações da Polícia não está diretamente ligada com a restrição imediata de direitos fundamentais, mas com o estabelecimento de um conjunto de ações possíveis para se alcançar determinado fim. Nessa última hipótese, se uma situação fática concreta permite a escolha de um dentre vários meios possíveis e disponíveis para se alcançar o fim legal, abre-se certo espaço de discricionariedade ao policial, o qual, todavia, ainda fica

⁵¹⁶ Waldron, 2010:323, afirma: “se a discricionariedade dos agentes do Estado for deixada desregulada, se um poder existe sem um processo para canalizar e disciplinar seu exercício, se agentes do Estado são colocados em uma posição de poder impor penalidades ou perdas sobre indivíduos sem claras balizas legais, então isso não é propriamente uma oportunidade, mas sim um defeito, um perigo, algo a se lamentar na perspectiva do Estado de Direito. Um Estado compromissado com a legalidade deveria sentir-se compelido a consertar essa situação – favorecer e ter responsabilidade pela edição de uma nova lei que preencha a lacuna [...]”.

⁵¹⁷ Salientando que tais medidas de polícia se reconduzem à lógica do processo penal: Chiavario, 2009:14.

obrigado a prestar contas posteriormente dos motivos que fundaram suas escolhas e pela eventual responsabilização por escolhas manifestamente inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais⁵¹⁸.

Finalmente, a estrita regulamentação da atividade policial tem sido apontada por estudiosos da atividade policial como um importante fator profilático do desvio policial, especialmente o uso excessivo da força e a corrupção⁵¹⁹.

Nesse sentido, por exemplo, a CRP/1976, em seu art. 272.2, prevê o princípio da tipicidade legal quanto aos atos de polícia, prevendo que “As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário”. Além da tipicidade, esse dispositivo também acolhe em sua parte final o princípio da proporcionalidade, de extrema relevância para a atividade policial. Sobre esse dispositivo, afirmam Canotilho e Vital Moreira⁵²⁰:

O princípio da tipicidade legal significa que os atos de polícia, além de terem um fundamento necessário na lei, devem ser medidas ou procedimentos individualizados e com conteúdo suficientemente definido na lei, independentemente da natureza dessas medidas: quer sejam regulamentos gerais emanados das autoridades de polícia, decisões concretas e particulares (autorizações proibições, ordens), medidas de coação (utilização da força, emprego de armas) ou operações de vigilância, todos os procedimentos de polícia estão sujeitos ao princípio da precedência de lei e da tipicidade legal.

⁵¹⁸ Ver adiante, subseção 2.4.1.

⁵¹⁹ Ivković *et al.*, 2002:58; Kappeler *et al.*, 1998:218; Walker, 2001:93-104.

⁵²⁰ Canotilho e Moreira, 2003:956. No mesmo sentido, quanto à exigência de tipicidade legal das medidas de polícia: Correia, 1994:4; Valente, 2009b:140. Tendo uma posição mais restritiva quanto à abrangência dessa necessidade de reserva legal, ver Raposo, 2006a:2. G.M. Silva, 2001:62, indica que a reserva de lei estaria limitada às diligências restritivas de direitos no âmbito da atividade policial. De forma mais ampla, sobre a reserva de lei parlamentar para a restrição de direitos fundamentais, a qual deve indicar tanto o conteúdo como o procedimento das atividades administrativas susceptíveis de por em causa direitos fundamentais, ver J.C.V. Andrade, 2001:338 e 341. Para uma visão panorâmica da doutrina portuguesa sobre o tema, ver Sampaio, 2012:12-37; ele refere posições que chegam a relativizar a exigência de plena regulamentação de todas as atividades de polícia administrativa, ante a impossibilidade fática de previsão de todas as situações da vida potencialmente a exigir uma atuação protetiva cria a impossibilidade de previsão *a priori* das medidas protetivas necessárias, indicando que algumas ações de polícia, diante de situações imprevisíveis, poderão ser atípicas e fundamentadas na cláusula geral de polícia (Sampaio, 2012:135-137; semelhantemente, Novais, 2006a:49-56, fala de uma reserva geral imanente de ponderação). Mas essa posição deve ser reconduzida às hipóteses excepcionais de situações fáticas novas não regulamentadas, de conflito de bens constitucionais não regulamentados em lei, com a séria consideração do efeito sistêmico de eventuais arbitrariedades policiais no caso da generalização de atuações idênticas não regulamentadas.

Na CRFB/1988 há uma disposição semelhante prevista no art. 144, § 7º: “A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”. Esse dispositivo prevê três pontos importantes no âmbito da regulamentação legal da atividade policial: (i) a organização interna do funcionamento da instituição policial deve estar regulamentada em lei (ou seja, não é suficiente um regulamento administrativo para definir a estrutura organizacional da instituição policial, havendo um mandado constitucional de proibição de deslegalização da organização policial)⁵²¹; (ii) o funcionamento da atividade policial deve estar regulamentado em lei; (iii) a regulamentação do funcionamento da atividade policial não pode desconsiderar o princípio constitucional da eficiência na atividade policial.

É verdade que esse dispositivo ressalta apenas que a regulamentação legal da atividade policial deve levar em consideração a sua eficiência, sendo uma das diversas fontes normativas da existência de um princípio de proteção eficiente pelo Estado. O imperativo constitucional de consideração obrigatória da eficiência da atividade policial em sua regulamentação legal não significa que haverá supremacia da eficiência policial sobre outros valores, apenas indica que a eficiência é um dos pratos da balança, mas há outro, que deriva de todo o arcabouço de garantias delineado no art. 5º da CRFB/1988. O importante aqui é salientar que deve haver uma regulamentação legal, ou seja, o funcionamento da atividade policial não se realiza à margem da lei. Assim, ousamos concluir que o mesmo princípio da tipicidade legal das medidas de polícia que vige em Portugal também se aplica às medidas de polícia no Brasil. Primeiro, por ser uma consequência do princípio da legalidade, tanto em sua vertente de limite contra ações do Estado (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – CRFB/1988, art. 5º, II), quanto em sua vertente de diretriz de atuação da Administração Pública (art. 37, *caput*) e específica para a atividade policial (art. 144, § 7º). Também decorre de um princípio implícito que justifica a exigência de lei para a restrição de

⁵²¹ Em sentido semelhante, falando de uma proibição constitucional de deslegalização da estrutura organizacional das diversas instituições de polícia, ver acórdão do TC de Portugal n. 304/2008. Ver comentários em Valente, 2009b:51. A exigência de legalidade sobre a estrutura policial deriva do postulado de governança democrática da atividade policial; sobre o tema, afirmam Proença Jr. *et al.*, 2009:35: “Governar a polícia começa, então, por decidir o que a polícia pode e não pode ser capaz de fazer, o que só é possível quando se controla e decide qual é a sua capacidade. Assim, tudo que estabelece e autoriza as alternativas de ação de que uma polícia é capaz – efetivo da polícia, sua estrutura organizacional no espaço, desenho, dimensão e subordinação entre suas especialidades ou repartições funcionais de suas atividades, seus equipamentos, procedimentos – tem que decorrer de decisões políticas e não da própria polícia”.

direitos fundamentais, que por sua vez decorre do princípio da vedação de arbitrariedades na atividade estatal, um derivado lógico do princípio do Estado de Direito, que exige a estabilização das expectativas de interação do cidadão com a Polícia de forma a gerar segurança jurídica, proporcionando previsibilidade das possíveis autorizações de ingerência da Polícia sobre a esfera de direitos do cidadão, em uma relação de boa fé que inspire a confiança do cidadão quanto à ação policial⁵²². Assim, podemos concluir que no Brasil vige o princípio da tipicidade legal das medidas de polícia restritivas de direitos fundamentais como um mandado de otimização, que deve ser realizada na maior medida possível: regulamentação legal das medidas de polícia com a maior densidade normativa possível, já se indicando na lei o sentido normativo primário das medidas restritivas de direitos na atividade policial, com uma proibição tendencial da discricionariedade não regradada⁵²³.

Assim, o princípio da legalidade quanto às medidas de polícia não se satisfaz com normas de competência genéricas (proteger a ordem pública, prevenir crimes, proteger de perigos), a partir das quais seriam admissíveis quaisquer meios idôneos para atingir os fins legais, sendo necessária (como regra geral) a previsão das medidas restritivas de direitos e sua respectiva densificação normativa (legalidade material). Ou seja, não basta a norma de competência genérica do art. 144 da CRFB/1988, segundo a qual a segurança pública é um dever do Estado a ser exercida pelas instituições de polícia (missão de exercer a segurança pública)⁵²⁴. O princípio da legalidade exige que a lei estabeleça concretamente quais são as medidas específicas que a Polícia pode utilizar, densifique de forma minimamente satisfatória seus requisitos, assegure um procedimento apto a proteger os interesses relevantes que estão em jogo e preveja um mecanismo de controle. Apenas se admite o uso da cláusula genérica de segurança para o exercício das atividades que não coloquem concretamente em restrição direitos fundamentais, como

⁵²² Relacionando a legalidade com a proteção da confiança jurídica dos cidadãos na ação estatal, ver Benda, 2001:508.

⁵²³ Em sentido semelhante, sobre o valor da legalidade para a atividade policial, ver Valente, 2009b:52.

⁵²⁴ Aliás, o próprio conceito do que é “ordem pública” é controvertido. A.F. Sousa, 2009:22-29, propõe a seguinte conceituação: segurança pública seria o conjunto de valores juridicamente positivados, enquanto a ordem pública seria o conjunto de valores não juridicamente positivados, mas que são consideradas socialmente como cogentes e representa, “para a visão dominante, pressuposto indispensável de uma vida humana e cívica ordenada em comunidade”; como muitas vezes esse conceito não seria unívoco (especialmente nas sociedades multiculturais), a dúvida não permitiria a atuação policial com fundamento exclusivo nessa cláusula geral de “ordem pública”, todavia ela ainda seria um conceito relevante para as situações em que existem perigos recentes (e indubitáveis) ainda não cobertos pela previsão legislativa. E o conceito de segurança pública seria um “conceito de remissão” (*ibidem*: 33), fazendo referência a outras normas concretas que estariam sendo violadas, e que desencadeiam o dever de intervenção do Estado para restabelecer a normalidade.

exemplifica Francisco de Sousa: “é o que se verifica com medidas policiais como a vigilância e orientação de trânsito, as rondas policiais, as medidas de esclarecimento e aconselhamento das populações”⁵²⁵. Qualquer medida além dessa atuação genérica necessitará de uma regulamentação legal específica, de forma a mediar a possível restrição de direitos. Todo esse processo de regulamentação legal deve ser uma concretização do princípio da proporcionalidade, disciplinando as medidas alternativas, a graduação das situações e das medidas de intervenção admissíveis, e a máxima concretização possível dos conceitos jurídicos indeterminados. Ainda que os fins da Polícia sejam amplos (prevenção da ocorrência de quaisquer delitos), os meios são estritos (os legalmente previstos), especialmente quando se está a restringir direitos fundamentais (como é o caso do uso da força). No Estado de Direito não pode haver hipóteses de intervenção restritiva de direitos fundamentais pela Polícia que não estejam previstas na lei⁵²⁶, pois a limitação dos meios de ação da polícia é um imperativo inerente à ideia de Estado de Direito, de um Estado que não é onipotente, mas reconhece limites essenciais para respeitar a pessoa humana, ainda quando sob suspeita de ter praticado um delito ou numa situação de se causar potencial perigo. Não basta, portanto, estabelecer uma finalidade genérica que abarcaria todos os meios necessários (ainda que restritivos de direitos fundamentais), pois tal abriria caminho para uma expansão desenfreada da atividade policial, numa verdadeira “autonomia predatória”⁵²⁷. Essa exigência de efetiva regulamentação legal se torna especialmente mais forte quando se tratam de hipóteses relacionadas com o uso da força contra um cidadão, e quando tais medidas incorporam-se em uma praxe de atuação (portanto, potencialmente repetíveis por uma atuação profissional).

Há, portanto, uma reserva de legalidade para o exercício da atividade policial, que vai se tornando progressivamente mais forte à medida que as diligências policiais se chocam

⁵²⁵ A.F. Sousa, 2009:20.

⁵²⁶ Defendendo que a legalidade das medidas de polícia significa necessidade de a lei estabelecer uma lista das medidas de polícia admissíveis, e a impossibilidade de haver requisitos em branco: Raposo, 2006a:12; Correia, 1994:4; A.F. Sousa, 2009:20. Um exemplo simples ilustra a problemática: pode uma autoridade policial expedir uma ordem cogente para uma pessoa deixar um local? Em quais situações? Qual é o controle dessa ordem? Por exemplo, um simples casal de namorados conversando dentro de um veículo à noite em um local ermo, tornando-se potencialmente vítimas de um roubo, é fato suficiente para o policial expedir uma ordem de afastamento de local, sob pena de responder por crime de desobediência? Parece-nos claramente que não. Por outro lado, em uma situação de gestão de crises em locais públicos, dissipar uma multidão pode ser uma ordem policial lícita, pois está diretamente relacionada à prevenção do perigo de a situação evoluir para a ocorrência de crimes contra terceiros. Como visto, a questão é complexa e demanda, em verdade, uma maior normatização legal ou regulamentar da casuística.

⁵²⁷ Frankenberg, 2006:377.

com interesses individuais que se aproximam do âmbito de proteção dos direitos fundamentais (especialmente os casos de uso da força contra um cidadão, como a revista pessoal, o dever de identificação, o dever de acompanhar um policial, as restrições momentâneas de liberdade, a ordem de abandono de local *etc.*). É essencial que a atuação policial no paradigma do Estado de Direito esteja respaldada pela previsão de atuação na lei e pela regulamentação das decorrentes restrições de direitos que ocorram no exercício de sua atividade. Essa perspectiva exige, portanto, a necessidade do estabelecimento de um regime jurídico da atuação policial a ser estabelecido em lei formal.

2.3.4 A inexistência de espaços para ilegalidades úteis na atividade policial

Cumpra analisar o problema da chamada “ilegalidade útil”. Wolff afirma que, em determinadas situações seria inevitável um certo nível de desvio do modelo legal para assegurar um funcionamento minimamente eficiente da máquina administrativa, pois um apego excessivo ao modelo legal acarretaria a ineficiência, especialmente em situações de escassez de recursos⁵²⁸. O problema da ilegalidade útil é, em primeiro lugar, o de conviver com o paradoxo de o Estado de Direito decidir realizar-se fora do Direito, sacrificando, portanto, os postulados de segurança jurídica, igualdade e vedação de arbitrariedades. Ainda que se reconheça que em um caso concreto e determinado a aplicação generalizada de uma norma pela Polícia implicaria a impossibilidade de realizar suas atividades, ainda resta o problema de saber quem será o responsável pela eleição da aplicação diferenciada da norma legal, quais seriam os parâmetros de

⁵²⁸ Wolff *et al.*, 435-6. Afirma: “pelo contrário, na prática administrativa aceita-se o desrespeito deliberado de normas administrativas, porque o direito não é um valor absoluto. Isto acontece, nomeadamente, quando só determinados fatos são exaustivamente investigados, só algumas negociações são efetuadas ou quando são permitidas violações limitadas de normas. Fala-se aqui em *ilegalidade útil* [...] Por um lado, esta juridicidade seletiva é duvidosa, devido a considerações relacionadas com o Estado de Direito e com os direitos fundamentais. Por outro lado, ela é indispensável para garantir a capacidade de funcionamento da Administração no caso de escassez de recursos” (grifo no original). Essa expressão de “ilegalidade útil” parece ter sido cunhado por Luhmann: ver Otero, 2003:190. Reconhecendo que a escassez de recursos policiais acaba por gerar concretamente a eleição de prioridades de atuação, baseadas em critérios discricionários, mas que esse é um assunto sensível em relação ao qual “quanto menos se falar melhor”: Rosa, 2000:46. Mais adiante, aparentemente esse autor ilustra uma situação de “ilegalidade útil”: quando um policial de trânsito verifica que há vários veículos estacionados de forma irregular, todavia alguns estão a atrapalhar diretamente o trânsito, e decide por multar apenas os “casos mais graves” e não multar os “casos menos graves”, situação que estaria [sic] atuando de acordo com o “bom senso”, pois se o policial fosse autuar todos os veículos irregulares ele ficaria em uma única rua todo um dia (Rosa, 2000:59). Novamente recoloca-se o problema de até onde é possível admitir juridicamente esse tipo de discricionariedade não controlada, que acaba por abrir portas para as arbitrariedades, pois se o agente negligencia a situação por largo período de tempo, cria nos particulares a expectativa de não serem molestados, e o dia em que

aplicação diferenciada (para assegurar que todos tenham um tratamento igual em termos abstratos) e os critérios de fiscalização de mais essa brecha de discricionariedade. Parece-nos mais adequado que se fale, em situações muito excepcionais, de ocorrer em verdade uma aplicação do princípio da proporcionalidade para afastar uma norma concreta para realizar outros princípios constitucionais de envergadura superior: portanto, um fenômeno ainda jurídico e com pautas de controle. A informalidade administrativa não pode agir em violação de direitos de terceiros ou ser uma manifestação de contraste com a racionalidade decorrente dos princípios próprios do Estado de Direito⁵²⁹.

Parece-nos que não é possível admitir uma brecha de “ilegalidade útil”, especialmente no âmbito da sensível área policial. Tais problemas devem ser solucionados não em termos abstratos, mas em concreto, diante de cada situação em que a aplicação da norma impossibilite atingir-se os fins da atividade policial e em termos negativos (para legitimar um não agir) e não em termos positivos (para legitimar a violação de normas procedimentais para violar ilegalmente direitos fundamentais). No primeiro caso, por exemplo, apesar de haver a obrigação legal de efetuar a prisão em flagrante de quem estiver acabado de cometer um crime, se, numa situação concreta houver uma desproporção de forças entre o policial e os autores do delito que impossibilite faticamente a realização dessa prisão, não se estará propriamente diante de uma “ilegalidade útil”, mas diante de uma colisão de princípios que justifica, no caso concreto, a inação (obrigação legal de prisão em flagrante vs. impossibilidade fática de sua realização e, portanto, os direitos fundamentais dos policiais que se exporiam desnecessariamente a uma

ele resolve autuar, essa ação, embora legal, soa como uma violação ao princípio da igualdade, o que cria problemas de legitimidade, bem como problemas de previsibilidade no relacionamento Polícia-cidadão.

⁵²⁹ Mesmo aqueles que admitem um fenômeno de “informalidade administrativa”, circunscrevem esse fenômeno aos referidos limites. Nesse sentido, ver a posição de Otero, 2003:189: “Sem prejuízo de todos os possíveis perigos que espreitam o desenvolvimento de uma atividade administrativa informal, sabendo-se que um Estado de Direito nunca pode renunciar a um elemento formal e a decisões formais, possuindo mesmo uma tendência para formalizar o informal, não podendo também afastar um núcleo duro de materialidade racional e garantística, adiantam-se como firmes quatro ideias centrais: (i) a informalidade da atuação administrativa não determina necessariamente que o seu conteúdo seja ilegal, antes se deverá sempre procurar no quadro de um Estado de Direito um justo equilíbrio entre o formal e o informal; (ii) o agir informal nunca poder ter como efeito ou objeto contornar ou iludir a lei, diminuindo direitos ou interesses de terceiros ou violando a igualdade de tratamento, antes se deverá pautar por uma ‘racionalidade de fundo’ que exclui o arbítrio e a injustiça; (iii) a atuação informal da Administração Pública nunca se poderá desenvolver em termos violadores das normas de competência; (iv) por último, se a informalidade do agir administrativo se mostrar violadora dos referidos limites, existirá sempre aberta a possibilidade de controle contencioso”. Parece-nos que, em termos de restrição de direitos fundamentais pela atividade policial (especialmente no âmbito do uso da força contra um cidadão), está-se claramente diante do referido “núcleo rígido” que não admite relativizações quanto à necessidade de haver uma regulamentação legal o mais fechada possível.

situação de risco concretamente injustificada). Todavia, se a Polícia entende que a necessidade de autorização judicial para a realização de interceptações telefônicas é um critério que impede a eficiência da investigação, obviamente não está autorizada a iniciar a interceptação fora da lei, enquanto aguarda a resposta ao pedido do Ministério Público ao juiz para autorizar a diligência. Em termos de proteção a direitos fundamentais, considerações conjunturais de utilidade não podem justificar relativizações generalizadas.

Como visto no primeiro capítulo, sobre a criminologia do desvio policial, um dos fatores de maior propensão para o desvio policial é exatamente a aceitação de uma cultura paralela no meio policial que prega que a admissão de atalhos à legalidade é essencial à eficiência da atuação policial. Quando se inicia a admitir juridicamente a possibilidade de uma “ilegalidade útil” no âmbito da atividade policial, cria-se a legitimação jurídica para o florescimento da referida cultura, e não haverá qualquer critério concreto para reestabelecer os limites. Quem irá controlar até onde se poderá violar sistematicamente a lei em nome da maior eficiência e maximização dos escassos recursos? Abrir essa porta no âmbito da atividade policial é destruir os fundamentos do Estado de Direito e a expectativa mínima de segurança jurídica: a segurança também contra o Estado.

Portanto, os espaços de realização da eficiência policial (e do *savoir-faire* policial) devem estar balizados pela legalidade, com mecanismos adequados de controle das eventuais micro-brechas de discricionariedade legalmente admitidas.

2.3.5 Discricionariedade, densidade normativa e conceitos jurídicos indeterminados na legalidade policial

O paradigma do Estado democrático de Direito é o de um estado de vedação de arbitrariedades, ou seja, deve-se assegurar efetivamente a proteção legal mediante a consciência geral do conteúdo da lei e a previsibilidade dos resultados da violação legal, de forma a assegurar que se garanta um mínimo de certeza nos direitos das pessoas e nas suas expectativas juridicamente criadas, o que se traduz no princípio da segurança jurídica.

Assim, para efetivamente respeitar o princípio da segurança jurídica, o princípio da legalidade deve se concretizar em respeito a dois outros subprincípios: princípio da clareza e

princípio da densidade suficiente⁵³⁰. Pelo primeiro, a lei deve ser clara o suficiente para não permitir dubiedades, expressões lacônicas ou brechas interpretativas que não permitam um sentido unívoco⁵³¹. Pelo segundo, exige-se que a lei tenha uma densidade de regulamentação que permita aferir que houve uma disciplina minimamente concreta do direito. Segundo Canotilho, tal disciplina deve permitir: “(1) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma norma de atuação para a administração; (3) possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos”⁵³². A ausência de uma densificação mínima dos requisitos de restrição de direitos fundamentais pode significar, em última análise, uma delegação integral do estabelecimento de tais requisitos do Legislativo para o Executivo (ou eventualmente ao Judiciário, que lhes dará o conteúdo concreto final), o que configuraria uma violação ao princípio da legalidade e da separação de poderes.

Ambos os princípios se endereçam em primeiro nível ao legislador e são, em última medida, mandados de otimização, pois nunca será possível criar uma lei que seja absolutamente imune a qualquer espécie de dubiedade interpretativa ou que consiga regular todas as situações possíveis de serem reguladas (a realidade será sempre mais complexa que a prescrição legal). Ainda assim, os princípios da clareza e da densidade suficiente são parâmetros mínimos para aferir a legitimidade constitucional de determinada lei.

Um dos problemas da submissão do Estado de Direito à legalidade reside nas brechas de discricionariedade que a lei eventualmente concede ao executor, já que, nessas situações, o administrador não será apenas executor de escolhas pré-fixadas, mas complementará o conteúdo da própria norma perante o caso concreto, criando-se assim uma quebra na tradicional submissão do executor ao legislador. O Estado de Direito não pode permitir que, em nome da eficiência, se criem espaços de possível realização de arbitrariedades. Isso não significa em que todas as situações de discricionariedade haverá efetivamente arbitrariedade, mas apenas que existe a possibilidade, em abstrato, de que haja tergiversação de fins e ocorra uma arbitrariedade, e a mera possibilidade em tese de ocorrência de arbitrariedades exige que o Estado de Direito preocupe-se especialmente com essa situação.

⁵³⁰ Canotilho, 2003:258.

⁵³¹ Sobre o problema da obscuridade das leis, Beccaria, 2009:71 (§ V) já falava: “se a interpretação das leis é um mal, é evidente que a obscuridade, que arrasta consigo necessariamente a interpretação, é um outro”.

⁵³² Canotilho, 2003:258.

Há basicamente duas formas de realização da discricionariedade: (i) a concessão direta pela lei da possibilidade de realizar escolhas relativamente livres de parâmetros; (ii) pela utilização de conceitos juridicamente indeterminados que por sua indeterminação semântica, acabam corroendo o valor vinculativo da legalidade e concedendo alguma margem de abertura na atividade interpretativa que em termos práticos se manifesta como um poder discricionário⁵³³.

2.3.5.1 Abertura dos parâmetros legais de atuação

No âmbito policial, os espaços abertos de discricionariedade são constitucionalmente limitados pela exigência de regulamentação legal das medidas restritivas de direitos fundamentais de uso admissíveis pela Polícia, conforme previsto no art. 144, § 7º da CRFB/1988. Isso significa que tanto as medidas investigativas (como a prisão em flagrante, buscas domiciliárias, revistas pessoais, controles de identificação, interceptações telefônicas), as medidas de manutenção da ordem em geral (como as limitações de trânsito em locais públicos, ordem para dissipar as pessoas de um local, ordem de parada de veículos *etc.*), bem como suas medidas instrumentais (o uso da força para superar a resistência ilegal), devem estar todas previstas em lei, com disciplina de seus pressupostos, das consequências jurídicas e do procedimento de controle. Ainda que haja discricionariedade na análise dos critérios de autonomia técnica e tática de execução das referidas diligências policiais, deve haver uma densidade mínima dos pressupostos das diligências, o conteúdo admissível da diligência (consequências jurídicas) e das normas procedimentais de controle, sob pena de ilegitimidade constitucional de uma norma autorizativa de uma diligência policial inteiramente aberta.

Assim, a construção legal de previsões de competências para a atividade policial sem parâmetros de verificação da conformidade do ato com a previsão genérica e abstrata são claramente inconstitucionais. Exemplo de uma norma de baixíssima densidade normativa seria: “sempre que a ordem pública o exigir, a Polícia poderá intervir com as medidas

⁵³³ Duarte, 2008:39. Em sentido semelhante: Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:41. Segundo Duarte, as duas categorias referidas (concessão direta pela lei de liberdade de opções ou utilização de conceitos jurídicos indeterminados) são categorias globais do fenômeno da discricionariedade administrativa. Frisa, portanto, que o exercício da discricionariedade sempre será uma concessão normativa e, portanto, sua análise deve ser normativamente sustentada (*ibidem*: 36). Também sustentando que as situações de discricionariedade policial devem estar sempre pautadas em normas atributivas de competência: Raposo, 2006a:11.

necessárias”. Apesar de indicar um possível interesse público por trás da disposição e a exigência da necessidade para a intervenção, fica-se sem saber o que é concretamente uma exigência da ordem pública (pressupostos), quais são as medidas que a Polícia poderá adotar (consequências) e qual será o procedimento das medida adotadas. Uma norma dessa espécie permitiria à Polícia fazer qualquer coisa em quase todas as situações. Portanto, uma norma dessas é inconstitucional por violação ao princípio da legalidade, em sua perspectiva de exigência densidade normativa mínima. Outro exemplo de Ferrajoli indica uma norma absolutamente aberta: “é delito o que desagrada ao soberano”⁵³⁴; essa norma configuraria o postulado máximo de um Estado Totalitário, um Estado de Polícia, de ausência total de auto-limitação estatal, pois qualquer conduta poderia ser reconduzida a essa conceituação legal indeterminada. Nessa mesma linha, expressões lacunosas como “defesa da ordem pública, segurança pública, tranquilidade pública, moral pública, bons costumes, periculosidade, situação suspeita, imoral, anormal, hostil, obsceno, subversivo, necessário à prevenção, indícios suficientes, conforme critérios de experiência, urgência”, e outras semelhantes são conceitos jurídicos indeterminados que configuram um perigo concreto ao paradigma de Estado de Direito na atividade policial, por não proporcionarem uma efetiva concretização do princípio da legalidade.

Ainda assim, mesmo quando uma norma concede um espaço de discricionariedade, em verdade o interprete nunca será inteiramente livre, pois estará sempre jungido por normas de natureza principiológica mais abstratas que limitam de alguma forma as possíveis escolhas. Em verdade, o conflito de princípios em um caso concreto pode gerar um novo fator de discricionariedade relativa ao abrir ao executor a nova possibilidade de escolha de qual das normas principiológicas deverá ter primazia no caso concreto. Por exemplo, numa manifestação de rua, é possível que ocorra uma prática de crimes em flagrante delito na multidão, mas que uma ação da Polícia para prender o infrator possa gerar mais animosidade, potencializar novos conflitos com risco de agressões generalizadas e eventualmente inviabilizar o exercício de um direito concreto (v.g., o direito de manifestação e protesto); nessa situação, o mandado legal de efetivação da prisão em flagrante entra em colisão com outros princípios, como o da proteção da incolumidade pública, da prevenção de distúrbios multitudinários, da minimização do uso generalizado da força e mesmo da proteção à incolumidade dos policiais, sendo admissível, numa

⁵³⁴ Ferrajoli, 2002:294.

situação concreta que impossibilidade de realizar a prisão em flagrante diante do risco de tumulto justifique uma inação policial. Nessa situação, o policial acabará tendo, concretamente, um espaço de discricionariedade para avaliar o risco da situação e decidir pela viabilidade ou não de cumprir a prisão em flagrante, o que será um juízo técnico de tática policial. Ainda assim, os pressupostos da intervenção estão dados pela lei (previsão abstrata de um crime na lei penal e autorização para efetuar a prisão preventiva dada pela lei processual penal), as consequências jurídicas estão previstas em lei (a efetivação da prisão preventiva, com o uso da força apenas necessário para suplantando a resistência) e o procedimento de controle da diligência também (documentação da prisão em um APF com posterior comunicação ao juiz e ao Ministério Público). Portanto, o espaço de discricionariedade concretamente admitido nesse exemplo foi apenas quanto à viabilidade tática de lograr êxito no cumprimento da diligência, não inteiramente quanto ao parâmetro legal de atuação.

2.3.5.2 Conceitos jurídicos indeterminados

Quanto ao problema da clareza legal e dos conceitos jurídicos indeterminados, a questão está ligada à abertura de possibilidades interpretativas pela lei. Inevitavelmente, a Polícia será uma instituição que necessitará interpretar a lei para aplicá-la. Sabe-se claramente que a última palavra sobre a correta definição do sentido de uma disposição legal ou sua compatibilidade com a Constituição é do Poder Judiciário. O ideal é que as leis sejam tão claras e unívocas quanto possível e que a margem de interpretação (por quaisquer agentes) seja mínima, mas esse é um ideal utópico (que não deixa de ter sua utilidade como horizonte a se perseguir). O fato é que a Polícia aplica as leis e para aplicá-las deve compreender seu significado; para compreender deve interpretar. Como lembra Müller, os elementos fáticos não são estranhos à norma, antes, em seu processo de concretização, são parte integrante da própria norma que sustenta a decisão⁵³⁵. Ao realizar um ato de intervenção na esfera de direitos de um particular, a Polícia aplica uma norma jurídica e ao aplicar deve necessariamente atribuir sentido à norma, fazendo a adequação da situação fática concreta ao modelo abstrato previsto na norma. Nesse processo, o aplicador dá sentido à norma, atribui-lhe um sentido adequado ao caso concreto⁵³⁶.

⁵³⁵ Müller, 1996:64.

⁵³⁶ Em outras palavras, minimizar os espaços de interpretação jurídica ao policial executor da lei, de forma a assegurar a máxima segurança jurídica, já que mesmo a atividade de mera compreensão abrange uma atividade de

Todavia, o uso de conceitos jurídicos indeterminados retira a densidade normativa da norma, que queda sem um mínimo de tessitura estrutural que permita uma efetiva análise da correspondência entre o ato praticado e a efetiva previsão legal (normas legais em branco)⁵³⁷. Os conceitos jurídicos indeterminados são ordinariamente construídos mediante o recurso à textura aberta e à vagueza⁵³⁸.

Utilizando-se a alegoria de Jesch, um conceito jurídico possui um cerne (situação sobre a qual não há dúvidas interpretativas) e uma auréola (situações de possível dúvida interpretativa)⁵³⁹. Em verdade, todo conceito jurídico possui uma auréola de possível indeterminação, mas a diferença entre conceitos determinados e indeterminados (em sentido

interpretação (ainda que mínima, subliminar ou inconsciente), derivada da própria utilização da linguagem e da necessidade de compreender o sentido da norma, reconhecer os pressupostos de fato, a decidir a aplicação da regra abstrata à situação fática. Segundo Müller, 1996:220-229, o direito não algo já dado de antemão, que apenas se descobre, mas é algo produzido durante o processo de concretização (ou construção) da norma jurídica a partir do texto normativo em solução ao caso concreto. No mesmo sentido, Guastini, 1998:7, afirma: “De fato, nenhum texto normativo (legislativo ou constitucional) pode seriamente dizer-se portador de um único significado, inequívoco e não sujeito a controvérsias. Portanto, a interpretação-descrição não pode que assumir a forma de uma lista, de um catálogo, de diversos significados que um texto interpretado pode exprimir: ‘O texto T significa S₁ ou S₂ ou S₃ ... ou S_n’”. No mesmo sentido da extrema frequência da pluralidade de sentidos possíveis: Larenz, 2009:485.

⁵³⁷ Referindo-se aos conceitos jurídicos indeterminados como espécies de “normas legais em branco”, ver Otero, 2003:897 *et seq.* Segundo Otero, 2003:898-9, a utilização de “normas legais em branco” permitiria a concessão de diversos graus de amplitude decisória: (1) desde a total concessão de discricionariedade ao executor; (2) a concessão de parâmetros mínimos para um juízo jurídico-interpretativo ou técnico-científico; (3) parâmetros de decisão com fundamento em uma relação de cláusulas exemplificativas seguidas de cláusula aberta, que remete ao executor a complementação a partir de um parâmetro e permitiria a criação de uma jurisprudência que assegurasse a segurança jurídica; e (4) a remissão para normas extra-jurídicas, como normas técnico-científicas, éticas e deontológicas (uma juridificação de tais conceitos). Duarte, 2008:37, fala em rarefação dos suportes normativos passíveis de sustentar um controle, que gerariam um imperativo de autocontenção do controle judicial.

⁵³⁸ Segundo Duarte, 2008:39, a indeterminação gramatical poderia dar-se no âmbito da semântica e sintaxe, mas as hipóteses dessa última são raras e normalmente as regras sintáticas já oferecem a solução, de sorte que a maioria dos problemas são de abertura semântica. Essa, por sua vez, pode ser relativa a problemas de vagueza, polissemia e textura aberta, sendo que também a polissemia é uma figura de menor relevância (especialmente por ser solucionável pela conotação do contexto), de forma que as demais figuras (textura aberta e vagueza) são as principais fontes de indeterminação semântica. A textura aberta seria uma característica de todas as palavras, de seu significado poder sofrer uma evolução pelo uso corrente da língua e das realidades a que se refere. Todavia, em regra, enquanto o fenômeno da textura aberta acarreta uma pequena margem de incerteza (inerente a todas as palavras), a vagueza traz uma não usual amplitude do campo de incerteza semântica. Em verdade, como conclui Duarte, 2008:56, o conceito indeterminado não é indeterminado em si mesmo (pois mesmo as palavras com vagueza possuem uma zona de certeza positiva e negativa), mas se torna indeterminado quanto confrontado com uma situação concreta (perante a qual surge uma zona de incerteza semântica). Diríamos que um conceito é indeterminado quando, na maioria das situações da vida se manifestar com zonas de incerteza semântica. Aqui, todavia, nossa preocupação não é apenas em diagnosticar quando a lei está concedendo um espaço de discricionariedade, mas analisar a legitimidade da concessão de espaços largos de discricionariedade não controlada no âmbito da atividade policial (obviamente, reconhecer um fenômeno é pressuposto de sua análise).

⁵³⁹ Correia, 1987:120. Duarte, 2008:49, prefere utilizar as expressões de zona de certeza positiva, zona de certeza negativa e zona de incerteza, de sorte que os chamados conceitos indeterminados seriam caracterizados pela não usual amplitude da área de incerteza. Nesse último sentido também, ver Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:42.

estrito) é que nesses últimos o cerne é inusitadamente reduzido e a auréola é invulgarmente extensa. O princípio da segurança jurídica recomenda que, em sede de regulamentação da atividade policial, o cerne conceitual seja amplo e a auréola seja estrita.

Com o uso de conceitos jurídicos indeterminados, ainda que haja um sentido semântico mínimo do qual o intérprete não pode se afastar, acaba-se por remeter ao executor a complementação das hipóteses autorizadoras de aplicação de um preceito, ou ainda o que concretamente deve ser realizado para melhor atingir o fim legal. Quando se usam conceitos jurídicos indeterminados, cria-se uma moldura no tipo legal (descrição legal legitimadora de uma intervenção) que está aberta, pois se remete a outros elementos extra-típicos, que podem estar em outras normas jurídicas ou em elementos extra-jurídicos. A indeterminação textual cria uma verdadeira discricionariedade interpretativa. Com os conceitos jurídicos indeterminados em sentido estrito, ainda que haja uma legalidade formal, não há efetivamente uma legalidade material⁵⁴⁰.

Tal indeterminação normativa é especialmente grave na atividade policial, já que não há possibilidade de recurso imediato à proteção jurisdicional. Tais atos discricionários, especialmente quando revestidos de algum caráter técnico, ficam subtraídos da apreciação do Poder Judiciário, constituindo-se, nessa medida, uma limitação ao princípio geral do Estado de Direito de submissão à legalidade. Quando há abuso de expressões indeterminadas, acaba-se por criar um verniz de legalidade, de conteúdo *soft*, flexível, *fuzzy* e sem contornos claros, de sorte a permitir sua funcionalização para interesses utilitários⁵⁴¹.

Deve-se ressaltar que a discricionariedade aplicável às atividades em geral da Administração Pública possui bases bem distintas da discricionariedade aplicável à atividade policial. Uma coisa é a liberdade de abrir um concurso público, estabelecer as cláusulas do respectivo edital, na análise da oportunidade em celebrar um determinado contrato administrativo ou ainda, de forma mais ampla, a discricionariedade de um júri de um concurso artístico, e outra bem distinta é a atuação policial na potencial restrição de direitos fundamentais. Ainda que seja

⁵⁴⁰ Sobre a distinção dos conceitos, identificando legalidade formal como “base mínima para o exercício da atividade administrativa” e legalidade material como exigência de uma “lei contendo a disciplina da matéria que se reporta o poder atribuído, isto é, uma lei sobre o conteúdo do ato”, ver Correia, 1987:60.

⁵⁴¹ Com essa crítica sobre o caráter excessivamente lacunoso da regulamentação da atividade policial: Backes, 1989:94.

admissível uma “soft Law” em outras áreas administrativas, com espaços de discricionariedade e uma “soft responsibility”, a necessidade de proteção contra eventuais arbitrariedades justifica a tendência para uma “hard Law” no âmbito da disciplina dos pressupostos de intervenção restritiva de direitos no âmbito da atividade policial.

A habilitação legal para uma ação restritiva de direitos fundamentais na ação policial exige sempre uma tipificação mínima de seu conteúdo. Sem uma tipificação mínima faltaria parametricidade ou mensurabilidade na ação do órgão executor da norma, que por sua vez são exigências do Estado de Direito como vedação de arbitrariedades. Sem parametricidade não há controle, pois não é possível analisar a conformidade do ato concreto com a norma vazia⁵⁴². É necessário que a normatização assegure a possibilidade de correlação entre o interesse público que justifica a concessão de um poder e o seu exercício concreto. Concessão de um poder sem parâmetros legais concretos de exercício significa um cheque em branco de autoridade, sem efetiva direção de atuação pela lei, sem previsibilidade, sem função de garantia. Caso haja uma normatização absolutamente aberta, que não permita qualquer controlabilidade da ação, estar-se-á diante de uma situação de inconstitucionalidade por violação do princípio da legalidade, tanto em sua perspectiva material (ausência de densidade normativa suficiente), como em uma perspectiva orgânica (indevida delegação de poderes legislativos ao executor da norma)⁵⁴³.

A exigência de parametricidade não afasta uma possibilidade residual de adequação dos fins legais às situações imponderáveis pelo legislador que venham efetivamente a exigir uma intervenção policial. Recuperando a alegoria de Jesh, uma auréola residual de discricionariedade policial é aceitável no âmbito do Estado de Direito, pois uma total supressão dessa possibilidade residual de adequação de situações inicialmente não previstas pela literalidade da norma poderia inviabilizar a atualização de seu conteúdo à mutação da realidade ou às peculiaridades do caso concreto (congruentes com a finalidade da norma mas não exatamente congruentes à sua literalidade) e, portanto, inviabilizar a concretização do mandado constitucional de proteção eficiente dos direitos fundamentais no exercício da atividade policial. Diante da impossibilidade de esgotamento antecipado das hipóteses de regulamentação e a ponderação antecipada de todas as suas circunstâncias, é sempre recomendável a manutenção de

⁵⁴² Relacionando parametricidade, justiciabilidade e conformidade, ver Correia, 1987:317, 329.

⁵⁴³ Correia, 1987:340.

uma auréola limitada de discricionariedade para a atualização do sentido normativo concreto da norma autorizadora da intervenção policial, subordinada a mecanismos de controle do exercício dessa discricionariedade. A admissibilidade residual de uma auréola mínima de discricionariedade não afasta a obrigação de regulamentar efetivamente a grande maioria das situações de legitimidade de intervenção policial, e o conteúdo da diligência. E aumentam, ainda mais, a relevância do estabelecimento de mecanismos de controle posterior da atividade policial.

Em síntese, o uso indiscriminado de conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da atividade policial é um grave perigo à concretização do princípio da legalidade e à própria legitimidade do Estado de Direito⁵⁴⁴. Uma utilização desmedida de conceitos jurídicos indeterminados pode gerar uma inconstitucionalidade por indevida omissão na concretização do princípio da legalidade. Ainda assim, certa abertura textual é inevitável, e o problema da interpretação policial há de ser solucionado mediante uma progressiva concretização do princípio da legalidade policial e de seu controle posterior.

2.3.5.3 Exemplos de alguns conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da investigação criminal brasileira

Entre diversas disposições legais do processo penal brasileiro que contém conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da atividade de investigação criminal, podemos destacar as seguintes:

(a) o conceito de “informação procedente” para abertura de IP, e portanto os limites das averiguações preliminares (CPP, art. 5º, § 3º);

(b) o conceito de “motivo justo” para justificar a condução coercitiva da vítima (CPP, art. 201, § 1º) ou de “motivo justificado” para a condução coercitiva da testemunha (CPP, art. 218);

(c) o conceito de “fundadas razões” para a realização da busca domiciliar (CPP, art. 240, § 1º), “fundada suspeita” para a revista pessoal (CPP, art. 240, § 2º e art. 244);

⁵⁴⁴ Afirma A.F. Sousa, 2009:71: “o princípio da atuação das forças policiais nos limites do Estado de direito é seriamente posto em causa quando o legislador recorre a expressões vagas para habilitar a Polícia a intervir”.

(d) o conceito de “interesse para o processo” a justificar a manutenção de uma apreensão (CPP, art. 118), e ainda o de “objetos necessários à prova da infração” ou de “suspeita de utilidade para a elucidação do fato” para justificarem a apreensão (CPP, art. 240, § 1º, “e” e “f”);

(e) o conceito de “desobediência” e “recalcitrância” para justificar o arrombamento da porta e o uso da força no curso de uma busca domiciliar (CPP, art. 245, §§ 2º e 3º) ou no curso de uma diligência de prisão (CPP, art. 293);

(f) o conceito de “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias” como uma grande autorização legal para a condução da atividade de investigação criminal (CPP, art. 6º, III);

(g) as expressões abertas utilizadas para justificar a apreensão de objetos, como “objetos que interessem à prova” (CPP, art. 11) ou “objetos com relação com o fato” (CPP, art. 6º, II);

(h) o conceito de “inexistência de dúvida” para justificar a competência da autoridade policial para autorizar a restituição de objetos apreendidos na fase das investigações (CPP, art. 120, caput);

(i) o conceito de “necessidade” para dilatar o prazo de realização da perícia (CPP, art. 150, § 1º),

(j) o conceito de “justa causa” para a não realização de perícia no prazo legal (CPP, art. 277 e 278);

(k) o conceito de “interesse à elucidação do fato” para justificar a iniciativa de ação dos peritos (CPP, art. 173);

(l) o conceito de “conveniência” quanto à forma de elaboração dos laudos periciais (CPP, art. 170);

(m) o conceito de “conveniência” para a determinação de realização de um novo exame pericial pelo delegado de polícia (CPP, art. 181, parágrafo único);

(n) o conceito de “necessidade” para justificar a realização do reconhecimento de pessoas (CPP, art. 266, caput);

(o) o conceito de “conveniência” para a realização da acareação (CPP, art. 230, *in fine*);

(p) o conceito de “dúvida sobre a integridade mental” do investigado para justificar que o delegado represente ao juiz para a realização de exame de insanidade mental do investigado (CPP, art. 149, caput e § 1º);

(q) o nível de cognição dos indícios da situação de flagrante delito necessários a justificar a intervenção policial de prisão em flagrante ou o ingresso domiciliar (CRFB/1988, art. 5º, XI e LXI, e CPP, art. 302);

(r) o conceito de “fundada suspeita” para justificar a manutenção da prisão em flagrante delito após a lavratura do APF (CPP, art. 304, § 1º);

(s) de forma geral, os requisitos para a autorização pelo juiz da prisão preventiva (defesa da ordem pública, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal – cf. art. 312 do CPP; e ainda de “dúvida” sobre a identidade civil do suspeito – cf. CPP, art. 313, parágrafo único);

(t) a margem de discricionariedade do delegado de polícia para não conceder fiança quando estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva ou quando o preso houver quebrado fiança anterior sem motivo justo (CPP, art. 324);

(u) o conceito de “ação controlada [...] para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação da prova e obtenção de informações”, relativa à autorização legal de não ação policial no caso de investigação de criminalidade organizada, aliás sem prever necessidade de prévia autorização judicial (Lei n. 9.034/1995, art. 2º, II);

(v) o conceito de resistência, desobediência ou desacato para justificar uma detenção policial em flagrante por esses delitos (CP, art. 329, 330 e 331)⁵⁴⁵;

(w) o conceito de “indispensável” e de “resistência à prisão” para justificar o uso da força no curso de uma diligência de prisão (CPP, art. 284 e art. 292) e os limites concretos da intensidade do uso dessa força (o conceito de “medidas necessárias” do art. 292);

(x) os conceitos de “interesse da sociedade ou conveniência da investigação” para justificar a decretação da incomunicabilidade do indiciado preso (CPP, art. 21)⁵⁴⁶;

(y) o conceito de “indício de falsificação” e “insuficiência para identificar cabalmente o indiciado” para justificar a realização de identificação criminal (Lei n. 12.037/2009, art. 3º, I e II);

(z) o conceito de “necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” necessário a justificar o sigilo do IP (CPP, art. 20);

(aa) o conceito de “diligência imprescindível para o oferecimento da denúncia” na manifestação do Ministério Público de requisição de novas diligências (CPP, art. 16) e a ausência de competência do delegado de polícia para se manifestar sobre esse juízo de imprescindibilidade;

(bb) de forma mais ampla, o próprio conceito de “indício” (CPP, art. 239);

(cc) há um conjunto enorme de diligências policiais que sequer estão regulamentadas no Brasil e, portanto, sem parâmetros concretos de aferição de sua legitimidade, como a diligência de controle de identificação, a detenção momentânea de liberdade de testemunhas ou possíveis suspeitos ainda na cena do crime e outras.

⁵⁴⁵ Indicando que o conceito de desacato é um perigoso conceito jurídico indeterminado que abre portas para arbitrariedades punitivas: Ferrajoli, 2002:294.

⁵⁴⁶ A maioria da doutrina entende que o referido dispositivo que previa a incomunicabilidade foi revogado pelo art. 136, § 3º, IV, da CRFB/1988, que vedou a incomunicabilidade do preso mesmo no Estado de Defesa, bem como pelo art. 5º, LXII e LXIII, que asseguram a assistência da família do preso e de seu advogado. Ver genericamente sobre o tema: Mirabete, 2002:93. Ver ainda: STJ, RHC 11.124/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 19 jun. 2001, DJ 24 set. 2001, p. 344.

Esse conjunto enorme de conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da atividade policial indica, portanto, que há uma grande margem de liberdade no exercício da atividade policial, e justificam cautelas adicionais para uma maior concretização do princípio da legalidade nessas áreas, bem como exigem uma maior concretização normativa em sede regulamentar e jurisprudencial, além de indicarem uma especial necessidade de reforço no controle da atividade policial. A discricionariedade sem controle se transformaria num “cavalo de Tróia do Estado de Direito”⁵⁴⁷, uma fachada de legalidade que traria o embrião da arbitrariedade.

2.3.5.4 A gradativa concretização da legalidade policial

Especificamente quanto à atuação policial, o princípio da legalidade possui uma gradativa concretização. Ele parte dos princípios jusfundamentais e constitucionais, que devem estruturar a racionalidade policial, guiando todo o processo decisório rumo à máxima realização do ideal do Estado de Direito, que é a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A exigência do devido processo legal em sentido substancial (a força conformadora da Constituição para o conjunto do ordenamento jurídico) impõem que a atividade policial não apenas não viole diretamente preceitos constitucionais concretos, mas é essencial estar de acordo com o sistema de valores da constituição, cujo coração radica nos direitos fundamentais.

Tais princípios constitucionais se concretizam nas leis administrativas, penais e processuais penais que regulamentam a atividade policial. Tais normas devem ser lidas como concretização dos direitos fundamentais, portanto moldadas por aqueles princípios. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais atuam não apenas como condicionadores da legitimidade da legislação infraconstitucional, mas também como seu guia hermenêutico.

Questão delicada é a relativa à possibilidade de a Polícia poder recusar a aplicação de uma norma por inconstitucionalidade. É certo que a eficácia abrangente dos direitos fundamentais vinculam todos os órgãos públicos em sua execução, exigindo-se um princípio de constitucionalidade da ação do Estado, de sorte que também a Polícia deve estar vinculada ao

⁵⁴⁷ Canotilho, 2003:734.

respeito aos direitos fundamentais⁵⁴⁸. Todavia, a rejeição de aplicação de lei inconstitucional por parte de órgãos administrativos deve limitar-se às hipóteses de flagrante e manifesta inconstitucionalidade⁵⁴⁹.

As eventuais lacunas dessa regulamentação são suplementadas pelo poder regulamentar da própria administração policial e das diretrizes de política criminal enviadas à Polícia (aqui se incluindo as diretrizes dos órgãos de direção policial e as recomendações de controle externo pelo Ministério Público⁵⁵⁰). O princípio da legalidade impõe um dever de regulamentar a ação policial pelas próprias instituições policiais. Assim, ainda que o legislador não se desincumba integralmente de seu ônus de regulamentar a ação policial, é obrigação das instituições policiais regulamentarem a ação policial da forma mais completa possível, de forma a suprir as lacunas legais e dar parâmetros concretos de atuação policial⁵⁵¹. Um interessante exemplo de regulamentação minuciosa da atividade policial consta dos códigos de prática da atividade policial anexos ao PACE 1984 na Inglaterra⁵⁵².

O poder regulamentar não cria direito novo, ele apenas explicita em termos mais concretos as situações hipotéticas genericamente previstas na lei, dando parâmetros mais específicos de atuação policial, sempre nos limites das balizas legais. Isso significa que as áreas de “auréola” dos eventuais conceitos jurídicos indeterminados, de dúvida sobre a área de incidência ou não de uma situação concreta à previsão normativa, deverão ser explicitados no âmbito do poder regulamentar. Portanto, o poder regulamentar diminui os espaços de discricionariedade, relacionando situações concretas com operadores deontológicos mais específicos de ações pela Polícia (ações que a Polícia é obrigada, está proibida ou pode realizar).

⁵⁴⁸ Canotilho, 2003:888. Defendendo que a Polícia pode recusar aplicação de norma manifestamente inconstitucional: Valente, 2009b:139.

⁵⁴⁹ Canotilho e Moreira, 1993:924.

⁵⁵⁰ Sobre as recomendações pelo Ministério Público, ver adiante, subseções 3.4.6 e 5.4.4.

⁵⁵¹ Referindo-se ao poder de regulamentação institucional do exercício da discricionariedade, com a emissão de diretivas com critérios de aplicação uniformizada do poder discricionário pelos serviços dependentes, sempre excepcionando os casos atípicos, ver Correia, 1987:111.

⁵⁵² Indicando a relevância dos códigos escritos de boas práticas na atividade policial, com caráter cogente, no âmbito da reforma policial na Inglaterra, ver Jones, 2008:700 e 713; Darbyshire, 2008:76 *et seq.*; Cuadrado Salinas, 2010. Na Europa em geral ver Monet, 2006:301. Um dos principais fatores de prevenção da corrupção é um código de ética sobre as práticas que são aceitas ou não no exercício da atividade policial: Prenzler, 2009:27 *et seq.*; Barker e Carter, 1994:13-28; Kappeler *et al.*, 1998:218.

O poder regulamentar é um importante fator de auto-limitação administrativa. Ainda que a regulamentação legislativa seja preferível em comparação com a regulamentação administrativa, em muitas situações a mutabilidade das situações que justificam a intervenção policial pode recomendar que tal regulamentação não seja engessada em nível legal, mas tenha a dinamicidade da regulamentação administrativa. Assim, o acúmulo de conhecimentos científicos, técnicos ou de experiência relacionados ao exercício da atividade policial, agrupáveis por sua aplicabilidade a um caso concreto, devem ser explicitados mediante os regulamentos para servirem de complemento à previsão típica legal. Tais “experiências policiais”, quando corporificadas em regras gerais e abstratas nas instruções normativas, nos manuais de treinamento, ou nos códigos deontológicos de conduta, deixam de ser meramente extra-jurídicos e passam a ser jurídicos, complementando o sentido concreto da norma⁵⁵³. É necessário, portanto, regulamentar em quais situações será admissível o recurso à arma de fogo ou ao uso de força não letal, uso de algemas, qual o procedimento para lidar com atos de violência doméstica, enfim, toda atividade policial.

A melhor forma de densificar a regulamentação dos conceitos jurídicos indeterminados, especialmente os ligados aos pressupostos de fato das medidas de polícia, é a enunciação de um conjunto de situações fáticas que claramente podem ser reconduzidas ao conceito e a enunciação de um conjunto de situações que claramente não podem ser reconduzidas ao conceito, diminuindo-se, assim, a auréola de incerteza do conceito jurídico indeterminado⁵⁵⁴. A regulamentação administrativa representa, assim, a explicitação de comportamentos desejáveis que impõem uma habitualidade de conduta, assegurando a previsibilidade de atuação e a paridade de tratamento. O mandado de otimização da legalidade é melhor atingido, na perspectiva de exigência de uma norma jurídica geral e abstrata, mediante a complementação das situações concretas legitimadoras da intervenção policial pelo complemento da normatização administrativa. À luz do mandado constitucional de vedação de arbitrariedades, uma omissão continuada dos órgãos diretivos policiais em regulamentar administrativamente o exercício da

⁵⁵³ Sobre a função jurídica do sistema de conhecimentos extra-jurídicos, ver Correia, 1987:169. Sobre os conceitos de experiência ou empíricos como critérios objetivos de extração da única solução possível para o caso concreto, ver Di Pietro, 2001:200.

⁵⁵⁴ Indicando a relevância desse critério para proscrição dos “maus tratos” na atividade policial: Waldron, 2010:292-299. Acrescenta que o caráter proibitivo de uma situação que viola seriamente direitos humanos não deveria estar condicionado a avaliações subjetivas quanto à sua conveniência como meio para obter outros fins.

atividade policial, com parâmetros claros de controle que fechem as brechas de arbitrariedade, constitui claramente uma violação do dever funcional de tais dirigentes das instituições policiais.

Essa complementação da legalidade parlamentar pela legalidade administrativa é essencial para a fechar os espaços de discricionariedade não controlada (que logo se tornam em brechas de arbitrariedade institucionalizada), pois apenas é possível haver controle do desvio onde há uma pauta de conduta. Constitui fator de grave insegurança jurídica deixar a construção de tais normas exclusivamente para um “direito policial consuetudinário”, não escrito, difuso e incerto, portanto não controlável. É indispensável que haja o máximo de regulamentação possível, como forma de se fechar as possíveis brechas de discricionariedade, respeitando-se a igualdade, imparcialidade, transparência administrativa e a confiança dos administrados. A documentação do saber policial também traz a grande vantagem de permitir sua reprodução padronizada através do treinamento, encurtando o processo de auto-aprendizado nas ruas⁵⁵⁵. É claro que essa documentação não pode fundar-se em “opiniões infundadas de estereótipos”⁵⁵⁶, mas em estudos científicos, o que abre espaço para uma criminologia policial se desenvolver.

Ainda assim, haverá micro-brechas de discricionariedade que são impossíveis de ser supridas sempre *a priori* no plano normativo. Ainda que a regulamentação não seja plena, a progressiva regulamentação permitirá a diminuição dos espaços de discricionariedade, fornecendo pautas mais objetivas de atuação. Para tais espaços de discricionariedade, haverá a obrigatoriedade de prestar contas *a posteriori* das escolhas feitas, para que os órgãos de controle possam avaliar de forma retrospectiva o acerto das escolhas tomadas à luz do caso concreto. Tal processo de controle posterior é chamado de *accountability*.

É certo que há sempre o risco de que eventualmente um policial engane o sistema, burlando as regras estritas com pequenas “mentiras” em seu depoimento. Por exemplo, regras estritas sobre como realizar uma revista pessoal podem induzir os policiais a, se realizarem uma revista sem os pressupostos, mas posteriormente localizarem uma droga ou arma, forjarem uma situação que legitime a apreensão (v.g., dizer que viram o suspeito lançando a droga no chão, ou que ele fugiu ao ver a aproximação dos policiais); regras estritas sobre o disparo de arma

⁵⁵⁵ Segundo Bittner, 2003:246: “no trabalho policial existe pouco mais do que uma coletânea de saber incipiente, e um policial tem de aprender por is só a maior parte daquilo que precisa saber para realizar seu trabalho”.

⁵⁵⁶ Frankenberg, 2006:378.

de fogo podem induzir a que os policiais afirmem que ocorreu um disparo acidental; regras estritas sobre o uso da força para detenção de uma pessoa podem ensejar a negação de uso de técnicas ilegais ou a simulação de outras situações mais graves que justifiquem técnicas mais agressivas (que não seriam admissíveis). A fraude processual para acobertamento de eventuais desvios policiais é um risco inerente ao sistema; diante da existência desse risco não se deve abandonar o esforço de diminuir os espaços de discricionariedade, mas se deve incrementar os mecanismos de controle e a efetiva punição dos casos de desvio policial⁵⁵⁷.

Finalmente, as praxes policiais são progressivamente sedimentadas numa jurisprudência que lhes concretiza em concreto (o reconhecimento continuado da legitimidade de determinados padrões de atuação policial confere-lhes estabilidade)⁵⁵⁸. No âmbito investigativo, tal jurisprudência consistirá na sucessão de decisões judiciais sobre a admissibilidade ou não das diligências realizadas pela Polícia na fase de julgamento (relaxamento de prisão por ilegalidade, não homologação de buscas domiciliares em flagrante delito ou revistas pessoais por ausência dos requisitos, consideração da ilicitude probatória, concessões de habeas corpus *etc.*). Também no âmbito da atividade de colheita das informações investigativas destinadas a subsidiar o oferecimento da denúncia, considerando que tal atividade está teleologicamente direcionada à atuação funcional do Ministério Público, este órgão também possui o poder de expedir recomendações genéricas à Polícia indicando a forma que este órgão entende ser mais correta para a realização da atividade investigativa, bem como requisitar concretamente diligências investigativas, de sorte que esse processo também poderá auxiliar a suprir as eventuais omissões legais⁵⁵⁹.

O importante nesse processo de progressiva concretização da legalidade policial é que o policial concreto encarregado de aplicar a norma tenha diminutos espaços de discricionariedade para a criação da diligência interventiva em direitos fundamentais, o reconhecimento de seus pressupostos e a concretização procedimental da diligência. Isso porque a Polícia apenas pode agir com os instrumentos com os quais a lei lhe permite agir.

⁵⁵⁷ Walker e Katz, 2008:378.

⁵⁵⁸ Sobre a relevância da jurisprudência como elemento integrador da interpretação jurídica, ver: Alexy, 2002:535-540; Alexy, 1997:261-266. Especificamente sobre o valor da jurisprudência como fonte mediata do direito policial, ver Valente, 2009b:35.

⁵⁵⁹ Ver adiante, subseções 3.4.3 e 3.4.6.

O problema do progressivo fechamento das brechas de discricionariedade policial pela jurisprudência torna-se crônico diante de dois fatores: a ausência de sistemas de *feedback* imediatos quanto à atuação policial e a imediatidade do tempo policial. No primeiro âmbito, os *outputs* do Sistema de Justiça nem sempre são repassados institucionalmente à Polícia: ordinariamente ela apenas realiza seu trabalho investigativo e o repassa ao Ministério Público, de sorte que os resultados infrutíferos serão colhidos em primeira mão pelo Ministério Público em juízo e não pela Polícia⁵⁶⁰. Essa circunstância redobra a relevância das recomendações de padrões de ação pelo Ministério Público à Polícia, pois aquele é o destinatário primeiro dos insucessos da atividade policial. Quanto ao segundo âmbito, o diagnóstico da situação problemática, decisão de intervenção e execução da diligência são fases praticamente simultâneas na atividade policial, sem muito espaço para ponderações ou análises de precedentes. Daí a especial relevância da regulamentação estrita da atuação policial, pois aqui a segurança jurídica é alcançada pelo condicionamento de atuação segundo a pauta legal, no âmbito do treinamento.

A especial dificuldade de concretização da discricionariedade policial pela atividade jurisprudencial consiste no fato de uma análise casuística de precedentes não fornecer a segurança desejável para uma atuação marcada pela imediatidade. Por não oferecer critérios seguros para a prevenção de desvios policiais, a casuística jurisprudencial também não fornece bases legítimas para a responsabilização individual de eventual agente policial infrator, especialmente assente no postulado da legalidade penal (ressalvam-se, claro, as situações de “jurisprudência dominante” que passam a configurar verdadeiros enunciados de uma praxe policial que já deveriam estar interiorizados). Assim, é recomendável que a sedimentação jurisprudencial seja posteriormente incorporada à legalidade policial através do poder regulamentação, de forma dar certeza às margens de atuação policial e proporcionar um paradigma claro a ensejar interiorização mediante o treinamento policial. Em síntese, a máxima

⁵⁶⁰ Nesse sentido, a efetiva punição do policial que pratica um ato desviante é essencial para a efetividade do sistema de controle policial. Indicando que o mero reconhecimento de ilicitude probatória sem efetiva punição do policial possui diminuto valor dissuasório da reiteração: Osbourn, 2000, §§ 95-99. Ademais, o cinismo policial (mentira em juízo) é um fator de possível acobertamento dos desvios policiais; sobre o tema nos EUA ver Fidalgo Gallardo, 2003:342-346.

regulamentação possível da atividade policial enquanto instrumento de contenção de arbitrariedades emerge como um postulado inerente ao Estado de Direito⁵⁶¹.

Obviamente esse poder regulamentar não pode ser exercitado como uma tecnocracia policial, na qual os especialistas de dentro da polícia dirão o melhor a ser regulamentado. Ela deve necessariamente abrir-se para uma participação discursiva democrática na construção das escolhas possíveis, na perspectiva de maximizar tanto a vedação de arbitrariedades quanto a eficiência da atuação policial⁵⁶².

Finalmente, a segurança de que a pauta normativa será efetivamente executada pelo policial se dará numa outra fase: a interiorização da norma através do treinamento policial e a supervisão constante da atividade policial. Abordaremos esse tópico adiante.

2.3.5.5 O treinamento policial como concretização da legalidade

Um dos principais fatores de prevenção do desvio policial está na formação profissional continuada. É através do treinamento que o policial condiciona-se ao padrão de atuação alinhado aos valores democráticos expressos pela legalidade policial⁵⁶³. A complexidade

⁵⁶¹ Indicando a relevância da regulamentação da atividade policial para a contenção de arbitrariedades: Walker e Katz, 2008:375-378; Cox, 1996:236; A.T.M. Costa, 2004. Este último destaca que usualmente as Polícias tendem a se isolar do restante da sociedade, criando valores e crenças próprios, que vêem o problema da violência policial e dos eventuais excessos de forma diferenciada do restante da sociedade, e, portanto tendem a admitir com maior facilidade como legítimas as grandes brechas de discricionariedade não regradada (uma perspectiva funcionalista de sua própria atividade). Sobre o tema também discorre G.M. Silva, 2001:83: “a profissionalização e a inerente autonomia da Polícia acarreta a tendência para que seja a Polícia a definir as suas finalidades e os meios de intervenção, redefinindo no seu seio os fins que considera legítimos e os meios de os executar, erigindo-se a si mesma como o objeto e o fim da sua atividade”, o que contribuiria para o seu confronto indesejável com a população. Também indicando os perigos de insulamento decorrentes do “mito da profissionalização policial”, v. Bertaccini, 2009:151-161.

⁵⁶² Sobre a participação democrática no exercício do direito regulamentar, como expressão da construção discursiva dos direitos sociais, v. Habermas, 1997(v. 2):183. Sobre essa modalidade de *accountability* policial, v. adiante item 2.4.1.2.

⁵⁶³ Genericamente, sobre a relevância do treinamento policial para sua adesão à legalidade: Prenzler, 2009:65; Kappeler *et al.*, 1998:221. Destacando o valor da formação profissional exigente como fator de profilaxia do desvio policial: G.M. Silva, 2001:81. Também indicando a preparação continuada para a atividade policial como um dever de todo policial, estabelece o art. 14 do Código Deontológico do Serviço Policial de Portugal (Diário da República, n. 50, Série I-B, 28 fev. 2002): “(1) Todo o membro das Forças de Segurança prepara-se física, psíquica e moralmente para o exercício da sua actividade e aperfeiçoa os respectivos conhecimentos e aptidões profissionais, de forma a contribuir para uma melhoria do serviço a prestar à Comunidade. (2) Em especial, interioriza e pratica as normas deontológicas contidas no presente Código, que deverão ser parte integrante da sua formação profissional”. Bittner, 2003:176-181, defende de forma mais ampla que a própria posse no cargo policial deveria ser precedida de um curso de formação de dois anos, à semelhança de uma pós-graduação policial (ou que tal curso seja um pré-requisito para ser investido na função policial). Indicando que o processo de reclamação de

das situações com as quais o policial irá se confrontar exigem que ele já tenha interiorizado a resposta adequada às diversas situações, ou, ao menos, os princípios essenciais que deverão orientar sua tomada de decisão.

Todavia, o treinamento apenas é possível mediante a existência de uma pauta de conduta recomendável, de sorte que também aqui a legalidade atua como um guia do próprio conteúdo do treinamento policial⁵⁶⁴. Assim, o treinamento deve ser realizado a partir da pauta legal e guiado pelos princípios superiores que informam o Estado de Direito. O treinamento não pode se limitar à reprodução abstrata de regras principiológicas, mas deve necessariamente abranger um condicionamento para a ação concreta. Daí a relevância da regulamentação minuciosa da atividade policial, partindo das regras mais abstratas para sua concretização das diversas hipóteses concretas (ao menos, as mais usuais em sua atividade ordinária).

Por exemplo, em um Estado de Direito, não é admissível que o treinamento para o uso de arma de fogo ocorra tendo como alvo os órgãos vitais: ao contrário, segundo os princípios do Estado de Direito, esse treinamento deve ser realizado para condicionar o policial a usar a arma como último recurso e, quando utilizá-la, condicionar o policial a ter perícia para poder atingir órgãos não vitais e, portanto, segundo o princípio da necessidade, usar do meio menos grave possível⁵⁶⁵. As técnicas de imobilização devem ser treinadas a partir de modelos que minimizem as possíveis lesões ao abordado. As técnicas de abordagem para revistas pessoais devem condicionar o policial a saber respeitar o cidadão abordado, condicionando uma resposta adequada aos valores constitucionais para cada possível incidente. O policial deve ser condicionado a reagir de forma profissional diante de desacatos ou resistências.

Ademais, o próprio treinamento deve ser realizado tendo em consideração os valores democráticos. Não é admissível que os policiais em treinamento sejam brutalmente submetidos a situações de extremo desrespeito durante seu treinamento, como agressões físicas continuadas, privação de alimentos, como técnica de condicionamento à sobrevivência em situações extremas, mas que acabam por criar um adestramento para a insensibilidade à dor

desvios policiais devem indicar possíveis áreas que necessitam de melhor disciplina e interiorização mediante treinamento, ver Walker, 2001:100.

⁵⁶⁴ Sobre a relevância da regulamentação da atividade policial para haver a possibilidade do respectivo processo de treinamento, ver Walker e Katz, 2008:374; Walker, 2005:48; Goldstein, 2003: cap. 10.

alheia, de forma que o policial é condicionado a tratar o cidadão da mesma forma que foi tratado⁵⁶⁶. Deve-se dar especial valor à interiorização de valores ligados à proteção de direitos fundamentais no exercício da atividade policial⁵⁶⁷.

Sobre o dever de capacitação na atividade policial, o art. 10.1 da Convenção Contra a Tortura da ONU determina:

Cada Estado-parte assegurará que o ensino e a informação sobre a proibição da tortura sejam plenamente incorporados no treinamento do pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão.

Em sentido semelhante, o Departamento de Justiça dos EUA recomendam aos Departamentos de Polícia que nos treinamentos de iniciação ou nos periódicos, devem ser abordados os seguintes aspectos: “diversidade cultural, habilidades de comunicação, incluindo a importância da cortesia e do respeito, sensibilidade cultural, técnicas de resolução de conflitos e alternativas ao uso da força, integridade e ética”⁵⁶⁸. Tal recomendação parte do princípio de que o treinamento com base na simulação de situações concretas é uma forma efetiva de favorecer a interiorização das normas. Para sua efetividade, a própria pauta do treinamento deve estar aberta à construção democrática, com a participação de líderes comunitários, universitários e outros órgãos públicos⁵⁶⁹.

Diante do apelo ao desvio ao modelo de legalidade decorrente das pressões organizacionais inerentes à atividade policial (a pressão por eficiência imediata), essa atividade de capacitação deve ser constante, como uma atividade perene de recordação dos valores

⁵⁶⁵ Nesse sentido, relacionando a necessidade de os treinamentos policiais se adequarem aos princípios do Estado de Direito: Correia, 1994:7. Especificamente: Bittner, 2003:196.

⁵⁶⁶ Referindo o treinamento policial durante o período da ditadura militar brasileira como uma submissão a situações extremas que condicionava o mesmo tratamento aos cidadãos: Huggins *et al.*, 2006:313. Segundo Zaffaroni, 1991:24, a disciplina militarizada é uma forma de vigilância interiorizada da autoridade, que posteriormente se reflete no relacionamento do policial com o cidadão

⁵⁶⁷ Nesse sentido é a diretriz n. 13 da Portaria Interministerial n. 4226/2010 – MJ/SEDH.

⁵⁶⁸ Reno, 2001:14. Sobre a relevância para os códigos de ética, inclusive para os comportamentos fora do exercício da função, v. Barker e Carter, 1994:29-44.

⁵⁶⁹ USCCR, 2000:25. Hagen, 2006:129, indica o risco de nos cursos de treinamento da polícia brasileira não se utilizar professores especializados das ciências sociais, substituindo-se conhecimentos especializados e críticos por noções do senso comum.

democráticos que devem informar a atividade policial⁵⁷⁰. Obviamente, a eficiência do treinamento está diretamente relacionada com a capacidade de aprendizado, a qual depende do nível intelectual dos policiais. Não à toa estudos indicam que o fato de policiais terem baixos salários e serem recrutados dos estratos mais socialmente excluídos, com baixo nível educacional, é um dos principais fatores de favorecimento à violência policial⁵⁷¹.

Há uma obrigação dos dirigentes das instituições policiais em concretizar a proteção preventiva a desvios policiais mediante o treinamento continuado. Uma falha sistemática dos dirigentes das organizações policiais em proporcionar o treinamento adequado pode ensejar sua responsabilidade pessoal por essa omissão⁵⁷².

Em síntese, podem ser identificadas cinco fases de uma ação policial à luz do Estado de Direito: (1) regulamentação minuciosa (Constituição, leis, regulamentos administrativos, recomendações), (2) treinamento continuado, (3) ação policial de acordo com tal paradigma legal, (4) documentação da ação mediante um relatório circunstanciado e fundamentado, e (5) a fiscalização efetiva do relatório pelos órgãos de controle (interno e externo), com eventual investigação no caso de possível desvio.

2.3.6 *Segue: critérios de controlabilidade da discricionariedade policial*

Quanto à discricionariedade, deve-se realizar uma distinção entre a fixação dos pressupostos de fato, a atribuição de efeitos jurídicos e a forma de realização dos atos: o primeiro está ligado com o reconhecimento da situação fática que justifica a intervenção policial, o segundo a qual diligência policial concreta poderá ser realizada e o terceiro à forma como a diligência poderá ser realizada (garantias de controle procedimental)⁵⁷³. Para que o princípio da legalidade seja respeitado, é necessário que todos esses aspectos estejam minimamente cobertos pela efetiva regulamentação legal.

⁵⁷⁰ Sobre a relevância da reiteração de orientações quanto aos aspectos de integridade policial no âmbito do treinamento continuado, ver Bayley, 2006:183 e Klockars *et al.*, 2006:181-182. Sobre o treinamento como fator de redução da violência policial, v. Burns e Carter, 2002:127-146.

⁵⁷¹ Malarino, 2004:138; Zaffaroni, 1991:137-141.

⁵⁷² Nos EUA, indicando que a omissão de dirigentes de Departamentos de Polícia em providenciar treinamento adequado aos policiais enseja sua responsabilização pessoal em ações de indenização por danos morais, ver Chappell *et al.*, 2010:58.

⁵⁷³ Correia, 1987:109, referindo-se ao direito alemão, indica a distinção entre *Tatbestand* (previsão) e *Rechtsfolge* (estatuição).

Preferimos tratar sob o título pressupostos apenas os pressupostos de fato, pois os pressupostos jurídicos de uma determinada medida de polícia estão intimamente relacionados com a análise de outros princípios jurídicos que podem limitar uma entre as diversas opções de ação policial e, portanto, ainda relacionados com um juízo sobre os pressupostos de fato, estão direcionados à eleição da consequência jurídica mais adequada ao caso concreto, pelo que analisaremos os pressupostos jurídicos dentro das possíveis consequências jurídicas dos pressupostos de fato (em verdade, analisamos questões de fato e questões de direito). Vejamos.

2.3.6.1 Pressupostos de fato

Pressupostos são “as situações de fato e de direito que configuram o caso sobre o qual a conduta da Administração no exercício de poderes de autoridade vai produzir efeitos jurídico-administrativos”⁵⁷⁴. Trata-se da tipicidade da norma autorizadora de uma intervenção estatal.

Um dos pontos mais sensíveis à tensão entre legalidade e discricionariedade refere-se ao reconhecimento dos pressupostos de fato que justificam uma medida. Quando se utilizam expressões jurídicas indeterminadas nos pressupostos de fato da norma, cria-se uma situação de indeterminação na atividade de interpretação jurídica da norma que acaba por remeter ao executor a função de complementar concretamente o sentido da lei, dando-lhe uma margem de discricionariedade quanto a próprio conteúdo da norma⁵⁷⁵. Esse recurso de flexibilização da densidade normativa em nome da maior eficiência da intervenção cria, por outro lado, o risco de a decisão se impregnar de elementos de subjetividade, com o sacrifício a segurança jurídica e do fato garantístico inerente à legalidade no Estado de Direito.

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados na previsão legal dos pressupostos de fato pode ter ser feita mediante conceitos classificatórios ou conceitos indeterminados em sentido estrito. Os primeiros ainda concedem algum nível de referência concreta que permite uma maior concretização, mediante referência a conhecimentos técnicos ou científicos (conceitos descritivos-empíricos), mediante a remissão a figuras jurídicas de limites

⁵⁷⁴ Correia, 1987:318.

⁵⁷⁵ Segundo Correia, 1987:325, quando se faz uso da discricionariedade mediante conceitos jurídicos indeterminados relativos aos pressupostos de fato, abre-se ao intérprete a possibilidade de complementar o sentido da norma.

elásticos, ou mediante situações definíveis em consideração do tempo e lugar. Estabelecem, assim um conjunto de conceitos de valor e de experiência que atribuem um sentido mínimo ao texto normativo. Já os conceitos indeterminados em sentido estrito “não apontam para uma classe de situações individuais, mas invocam um tipo difuso de situações de vida, um domínio de fatos ou valores em relação ao qual os acontecimentos concretos se projetam apenas como manifestações ou expressões. O conceito impreciso não pretende pois referir-se à totalidade do grupo de situações, mas dar uma imagem significativa”⁵⁷⁶.

Por exemplo, a ausência de densidade normativa em expressões lacônicas como “situação suspeita”, “defesa da ordem pública”, ou “quando necessário” podem acabar por transferir integralmente às mãos do executor a atividade de dar o sentido (qualquer sentido) à norma, esvaziando, por consequência, a finalidade do princípio da legalidade de ser um escudo contra arbitrariedades. Se sempre que um policial entender suspeita uma situação puder realizar uma diligência (v.g., a revista pessoal), virtualmente a realização da diligência fica à mercê da vontade do policial, por ausência de suficiente densidade no preceito legal. Assim, necessariamente a interpretação conforme a Constituição, à luz dos princípios do Estado de Direito, de referidos dispositivos lacônicos deve reconduzi-los a *standards* objetivos, construídos pela doutrina e sedimentados pela jurisprudência, que permitam a controlabilidade do espaço de discricionariedade. Por exemplo, as cláusulas de “situação suspeita” devem ser interpretadas como conjunto de indícios objetivos indicativos, segundo um raciocínio indutivo razoavelmente aceitável, de uma probabilidade significativa de confirmação de uma hipótese de prática de ilícito⁵⁷⁷. Tais indícios são objetivamente sindicáveis pelo órgão de controle.

O reconhecimento alguma margem inevitável de discricionariedade no reconhecimento dos pressupostos de fato das medidas de polícia deve ser diferenciada segundo o tipo de medida de polícia especificamente considerada, especialmente no âmbito preventivo e repressivo.

A prevenção de riscos sociais em nível generalizado diante de suspeitas concretas (atividade policial de prevenção de acidentes ou de distúrbios sociais) deve necessariamente admitir um âmbito mais dilatado de discricionariedade quanto ao

⁵⁷⁶ Correia, 1987:117.

⁵⁷⁷ Em sentido semelhante: Guinchard e Buisson, 2009:526.

reconhecimento dos pressupostos de fato autorizadores da medida de polícia. Alguns fatores poderiam ser levantados como argumentos favoráveis de um alargamento da discricionariedade policial quanto à possibilidade de reconhecimento dos pressupostos de fato de sua intervenção nas medidas preventivas. Um primeiro seria o de que a Polícia lida com possíveis situações de fato marcadas pela complexidade, com um grande número de variáveis que seriam imponderáveis de antemão, que caracterizariam uma incerteza inevitável na avaliação da situação jurídica concreta. Outro fator seria o reduzido tempo de reflexão da intervenção policial, normalmente marcada pela necessidade de decisões imediatas, de sorte que o juízo do policial de rua seria insubstituível pelo juízo distanciado do órgão de controle. Um terceiro seria a inevitável necessidade de um juízo de prognose sobre a situação de fato, marcado especialmente por critérios de experiência próprios da atividade policial, que caracterizariam um juízo de avaliação por estimativas e, nessa linha, exigiria necessariamente margens mais dilatadas de discricionariedade e tal juízo seria próprio da atividade policial, ou seja, não sindicável por outros órgãos. Nessa linha seriam as avaliações sobre qualidades de pessoas (suspeito) ou a evolução de situações sociais, fundadas toda na probabilidade⁵⁷⁸.

As normas ligadas à atividade de polícia, por envolverem conceitos de prognose de evolução de uma situação, ou conceitos de perigo, abrangem necessariamente certo nível de abertura interpretativa decorrente das incertezas inerentes às possíveis situações concretas com as quais a Polícia vai se deparar. O controle dessa discricionariedade não pode deixar de considerar também tais fatores de incerteza⁵⁷⁹. Assim, a atividade de policiamento preventivo é marcada pelo princípio da precaução, ou seja, não é necessário que o evento danoso tenha se realizado, o mero risco de sua ocorrência justifica uma ação de cautela para reduzir as probabilidades de ocorrência do dano. E a avaliação dos pressupostos de fato para evitar um risco à ordem pública é menos sólida que a de reconhecer uma situação já concretizada. Em outras palavras, como não é possível descrever taxativamente quais condutas concretas deverá um

⁵⁷⁸ Esse problema da espécie de regulamentação da discricionariedade policial não é nada recente. Por exemplo, Montesquieu já vislumbrava que seria necessária uma discricionariedade diferenciada para o exercício da atividade policial, afirmando que os regulamentos de polícia seriam de uma ordem diferente das outras leis civis. Montesquieu, 2005:523-4 (*O Espírito...*, cap. 26. XXIV).

⁵⁷⁹ Nesse sentido afirma Correia, 1987:320: “E é igualmente impossível o preenchimento de um conceito indeterminado de prognose (*Prognosebegriff*), como o de perigo (*Gefahr*), – que, em princípio, constitui um elemento do *Tatbestand* de normas de polícia – exclusivamente em termos de uma interpretação repetível pelo tribunal, sem tomar em consideração os fatores de incerteza reinantes na situação concreta que deverão presidir à

policial tomar diante das inúmeras situações de perigo possíveis, com as inúmeras variáveis concretas possíveis, o máximo que a lei poderia fazer aqui seria listar as possíveis medidas de polícia, indicando seus pressupostos de fato, e dando ao policial uma margem de liberdade para escolher qual medida de polícia será mais adequada ao caso concreto (conforme a técnica e tática policiais), bem como permitindo certa relativização da rigidez no reconhecimento desses pressupostos de fato diante de situações mais dramáticas de exigência de uma intervenção imediata para proteger um interesse juridicamente relevante. Ainda assim, tais escolhas nunca serão completamente arbitrárias, pois estarão balizadas por princípios maiores e pela própria obrigatoriedade de busca da finalidade de realização do bem público⁵⁸⁰.

Ainda assim, a incerteza dessas situações de contenção de riscos não pode acarretar sua total subjetivação, ao contrário, não é suficiente a mera suspeita (estado subjetivo), mas um estado de suspeita corroborado por indícios externos, perceptíveis pelos sentidos, e cuja avaliação permita um controle posterior da legitimidade da intervenção segundo um juízo objetivo e universalizável⁵⁸¹. A regulamentação deficiente das normas de intervenção policial, especialmente no âmbito preventivo, acaba também por enfraquecer a possibilidade de um controle judicial efetivo, já que esse pressupõe limites estreitos de atuação⁵⁸². Também não se afasta a relevância constitucional da legalidade para a construção da política-criminal preventiva, especialmente no escalonamento das prioridades de prevenção⁵⁸³.

Surge aqui um paradoxo: apesar de as normas ligadas à atividade policial referirem-se às situações de restrições mais graves aos direitos fundamentais, a natureza concretamente imponderável de todas as situações da vida possíveis de subsunção à norma acaba por condicionar a construção da norma jurídica disciplinadora da intervenção policial preventiva como normas abertas, com conceitos jurídicos indeterminados quanto à previsão da situação

escolha da conduta”. Em sentido semelhante, reconhecendo a discricionariedade no reconhecimento da situação de perigo e defendendo um princípio de *in dubio pro accione*, ver Sampaio, 2012:63-68.

⁵⁸⁰ Em muitas situações, a discricionariedade policial é uma “pura miragem”, pois na verdade há um conjunto sólido de regras jurídicas que limitam substancialmente a discricionariedade, fazendo dela apenas uma concretização da “ideia do Direito” ao caso concreto, muitas vezes apontando uma única solução possível diante das variáveis concretas.

⁵⁸¹ Realizando a distinção entre indícios objetivos e suspeita subjetiva, apenas o primeiro como justificador de uma intervenção policial em situação de urgência (como o flagrante delito), ver Guinchard e Buisson, 2009:503-4.

⁵⁸² Grimm, 1989:15. Grimm conclui que a atividade de prevenção criminal, por recolocar os problemas dos limites da ação do Estado e suas formas de controle, é genuinamente um problema de direito constitucional.

⁵⁸³ Sobre a legalidade como princípio estruturante da política criminal de prevenção, v. Valente, 2013:204.

fática. O paradoxo, cremos, há de ser minimizado pela construção de limites mais seguros à ação estatal pela jurisprudência e pelo recurso aos mecanismos de controle da atividade policial.

Na atividade policial de restabelecimento da ordem, também marcada pela incerteza na evolução da situação, a intervenção policial será escalonada de acordo com a progressiva gravidade da situação, cada qual legitimando intervenções cada vez mais intrusivas. Os pressupostos de fato são reconhecidos a partir dos sinais indicativos do grau de gravidade da situação. Assim, a técnica da intervenção policial deve considerar essa progressiva adequação à proporcionalidade. Ainda assim, há um largo espaço para a construção da melhor técnica policial, que avalie a forma de ocupação de um local, o efetivo policial a ser utilizado, a forma de dissuasão ou mesmo detenção da pessoa recalcitrante. A proficiência do exercício dessa discricionariedade deverá ser progressivamente incrementado de acordo com as variáveis concretamente disponíveis, como o suporte e organização organizacional, equipamentos e materiais, o acervo de procedimentos, capacitação de indivíduos e equipes, a capacidade decisória e a competência policial de intervenção⁵⁸⁴. Isso significa abrir um campo para a crítica das escolhas discricionárias de intervenção, indicando-se outras opções de intervenção que concretamente se mostrariam mais aptas a alcançar o fim proposto, e mesmo questionar se o fim proposto era o mais adequado no caso concreto. Esse debate não pode ser ofuscado pelo “mito do profisisonalismo policial”, que procure insular as decisões na própria Polícia, mas tais políticas de atuação devem estar abertas ao debate e decisão públicos⁵⁸⁵.

Já a atividade policial investigativa guia-se por uma lógica diferente. Aqui, presume-se que já ocorreu uma violação à lei e procura-se, mediante medidas eventualmente restritivas de direitos *in concreto*, esclarecer a prática do crime e deter seu autor se ainda em flagrante delito. Não é possível utilizar-se de atos coercitivos “no escuro”, para descobrir os indícios da prática do crime, ao contrário, esses indícios objetivos já devem estar presentes para justificar a medida restritiva de direitos, pois são seus pressupostos de fato. É claro que não será necessária a certeza absoluta da presença dos indícios, mas um conjunto de indícios objetivos que permitam aferir a probabilidade objetiva de veracidade do quadro fático apresentado ao policial.

⁵⁸⁴ Indicando tais fatores de avaliação da proficiência do exercício dos poderes discricionários da atividade policial: Muniz e Proença Jr., 2007a:261 e 264.

⁵⁸⁵ Bertaccini, 2009:416 *et seq.*

Entram nesse conceito as diligências de prisão preventiva, buscas domiciliárias em flagrante delito, revistas pessoais, e controles de identificação.

Todavia, ainda no âmbito da atividade investigativa, há que se distinguir entre atividades investigativas que restringem concretamente direitos e as que apenas genericamente (ou de forma tangencial) restringem direitos. Na primeira categoria, poderíamos reconduzir as diligências de prisão preventiva, interdição de local de crime, buscas domiciliárias em flagrante delito, revistas pessoais, apreensão de objetos ligados ao crime, controles de identificação, e conduções coercitivas, que dirigem-se a uma situação de suspeita específica contra determinada pessoa e importam na restrição concreta de seus direitos fundamentais. Para essas diligências, vale a regra geral da exigência de pressupostos mais rigorosos de realização da atividade policial, pois o Estado de Direito impõe a existência de limites estritos ao uso da força e à restrição de direitos fundamentais. O ideal é que as brechas de discricionariedade sejam mínimas e a regulamentação máxima, com mecanismos fortes de controle.

Todavia, no âmbito mais genérico da atividade policial meramente investigativa sem restrição concreta de direitos fundamentais (v.g., estabelecimento das linhas de investigação para oitiva de testemunhas), vige uma regra geral de maior liberdade de verificação dos pressupostos⁵⁸⁶. Assim, ao receber a notícia de um crime, levantam-se as possíveis hipóteses explicativas do crime e procura-se esclarecer os fatos para confirmar ou refutar essas hipóteses. O fato de uma pessoa ser incluída como possível suspeita de um crime (ainda não indiciada), ainda que sem provas fortes de sua participação, ainda não pode ser considerada uma violação de seus direitos fundamentais, pois a atividade de esclarecimento dos fatos é inerente à atividade investigativa criminal. Nessa perspectiva, os pressupostos para a condução de uma investigação criminal seriam apenas o recebimento de uma *notitia criminis* possível⁵⁸⁷. Nessa perspectiva não restritiva de direitos fundamentais, a atividade de investigação criminal em geral possui pressupostos fracos (ou menos fortes).

⁵⁸⁶ Dizemos restrição não concreta, ou tangencial, pois toda atividade investigativa lesa, em última análise, o *right to be let alone* (um aspecto da privacidade). Esse caráter restritivo ainda é evidenciado pela intimação coercitiva de testemunhas e pelo escrutínio de aspectos da vida privada dos investigados.

⁵⁸⁷ Aprofundaremos os requisitos de justa causa para instauração de uma investigação criminal adiante, na subseção 3.3.2.

Da mesma forma, considerando que todas as formas de compreensão da realidade não podem ser reconduzidas a esquemas organizatórios pré-concebidos, a atividade de investigação criminal está aberta à obtenção de provas inominadas, ou seja, provas não taxativamente previstas na lei processual penal⁵⁸⁸. Todavia, surgindo um novo campo do saber com uma nova potencialidade de utilidade na atividade investigativa, e também com um novo potencial de risco de colisões de direitos fundamentais pela repetição desse novo método investigativo na atividade policial, o princípio da legalidade, enquanto mandado de otimização, recobra sua vigência como uma exigência de normatização dessa nova metodologia de atuação policial.

Assim, o princípio da legalidade exige que o legislador dê concretização à exigência de segurança jurídica para que efetivamente discipline, em nível legal, de forma o mais detalhada possível, as hipóteses concretas de admissibilidade de diligências restritivas de direitos fundamentais, tanto a situação fática justificativa (os indícios do fato) e seus requisitos (adequação, necessidade de proporcionalidade)⁵⁸⁹. É inevitável que haja uma relação exemplificativa seguida de uma formula genérica, que acaba por remeter ao intérprete a complementação do sentido normativo segundo práticas de experiência, mas o quanto mais completa possível for a regulamentação legal, menores serão as brechas de discricionariedade, e mais se aproximará do ideal do Estado de Direito como um estado de vedação de arbitrariedades.

⁵⁸⁸ Tourinho Filho, 2003: 221-2, reconhecendo um princípio de não-taxatividade dos meios de prova, afirma que “vigorando no processo penal o princípio da verdade real [*rectius*: busca da verdade], é lógico não deva haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa aplicação da lei”, mas conclui que esta liberdade não é absoluta, mas limitada pelas vedações de “qualquer meio probatório que atente contra a moralidade ou violente o respeito à dignidade humana”. No mesmo sentido Mirabete, 2002:259, afirma que “A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei”. Taruffo, 2005: 409, possui uma posição de admissibilidade das provas inominadas (provas atípicas), todavia sendo mais restritivo quanto às provas típicas produzidas em desconformidade com o procedimento legalmente estabelecido (provas *contra legem*). Afirma Taruffo que a impossibilidade de o rol legal ser exaustivo na enumeração das possíveis formas de provar os fatos é uma demonstração da impossibilidade de negação da admissibilidade apriorística das provas atípicas, concluindo que o catálogo legal de provas “se ocupa de alguns meios de prova que o legislador considerou oportuno regular mediante normas particulares, mas qualquer elemento 'extracatálogo' é utilizável se resulta útil para determinar um fato” (*loc. cit.*). A admissibilidade de provas atípicas é especialmente relevante no âmbito das provas informáticas, já que a evolução da tecnologia (e das relações humanas a elas subjacentes) normalmente impede que as novas formas de investigação sejam regulamentadas explicitamente em nível legal, remetendo-as as provas digitais aos princípios gerais das demais provas ordinárias com as devidas especificidades.

⁵⁸⁹ Relacionando o princípio da legalidade com um “apelo à intervenção do parlamento na estatuição dos regimes jurídicos dos aspectos mais importantes das relações entre o Estado e o indivíduo”, sem prescindir de outras estruturas dogmáticas que permitam guiar o exercício do poder discricionário, ver Correia, 1987:102.

Também tal enunciação exemplificativa atua como um critério de parâmetro da legitimidade das demais situações não previstas, indicando o fim da norma, o sentido da decisão, permitindo, portanto, um controle mais objetivo do exercício do poder pela existência de parâmetros de análise da conformidade do ato. Balizas mínimas que se convertem em limites expressos do exercício da discricionariedade interpretativa.

Aqui há uma possível tensão entre os princípios da eficiência e da proteção contra arbitrariedade. Talvez se diga que quanto mais regulamentada for a atuação policial, menos eficiência terá a Polícia de poder intervir em determinada situação concreta e, portanto, mais sacrificada ficará a eficiência policial. Essa tensão é meramente aparente, pois mesmo em um paradigma de grande regulamentação da atividade policial, nunca se retira a possibilidade residual de uma cláusula geral legitimar a ação policial numa situação inicialmente imprevista, especialmente quando se estiver diante da prevenção de um perigo concreto⁵⁹⁰. Todavia, a máxima exemplificação de situações que legitimam a intervenção (seguida do correspondente treinamento policial sobre tais hipóteses) acaba por condicionar a atividade policial às hipóteses regulamentadas, diminuindo seus espaços de discricionariedade que consistiriam possíveis brechas de arbitrariedade⁵⁹¹. Trata-se não apenas de promoção de mais segurança ao cidadão, mas também de proporcionar mais segurança de atuação ao policial, já que, quando sua conduta está devidamente regulamentada, diminuindo-se as zonas cinzentas de incerteza, também ele age com maior confiança de que sua intervenção é devidamente legítima, porque legal⁵⁹². Ao atuar de acordo com uma norma previamente editada, o policial está protegido contra acusações levianas de arbitrariedade.

Para complementar o quadro do princípio da legalidade, também o executor da medida está obrigado a respeitar a legalidade, fundamentando concretamente a situação que

⁵⁹⁰ Nesse sentido, defendendo que a cláusula geral de polícia possui uma função supletiva ou subsidiária de medidas policiais atípica: A.F. Sousa, 2009:282. E exemplifica: se um policial verifica uma pessoa andando em via pública com um cão sem coleira e guia, poderá determinar ao proprietário que tome as medidas necessárias para evitar um risco de ataque a terceiros (ainda que tal medida não esteja expressamente prevista na lei). Em sentido semelhante, Sampaio, 2012:134-137.

⁵⁹¹ Defendendo uma harmonia entre o exercício do poder regulamentar e a possibilidade de exercício da discricionariedade (*lato sensu* na Administração Pública) destinada a atualizar o sentido das normas diante das circunstâncias específicas do caso concreto, sem conduzir ao esgotamento das possibilidades de análise, ver Otero, 2003:853. Sobre o treinamento como fator de padronização de atuação, ver Chappell *et al.*, 2010:59.

⁵⁹² Ressaltando a ligação entre maior regulação diminuição de problemas interpretativos para os policiais em sua ação concreta, ver Raposo, 2006a:15.

justificou a sua intervenção, ou seja, qual foi a situação “suspeita”, ou a “necessidade” que justificou sua ação, para que os posteriores órgãos de controle possam conferir a legitimidade de tais opções interpretativas do executor da norma. Considerando que todas as medidas de polícia são atos vinculados aos pressupostos de fato legalmente previstos, ainda que a lei preveja pressupostos relativamente genéricos, há um dever de fundamentar concretamente quais foram os pressupostos percebidos pelo policial para permitir seu controle *a posteriori*. A motivação é uma garantia de respeito à legalidade, destinada a assegurar o risco na ponderação dos interesses subjacentes à decisão⁵⁹³. Ainda que exista algum espaço de discricionariedade interpretativa pelo executor na previsão legal, não se pode perder de vista que a atividade interpretativa dentro das balizas mínimas previstas na lei (que atuam como um quadro que permite excluir as intervenções manifestamente contrárias à previsão legal), está condicionado pelo fim da norma que atribuiu o poder de intervenção, e deve ser executada em harmonia com o conjunto de princípios constitucionais aplicáveis à espécie, em especial a proporcionalidade e a igualdade. Esse espaço de discricionariedade seria controlado mediante a criação de instrumentos posteriores de sindicância do exercício da discricionariedade segundo as balizas legais⁵⁹⁴. Essa perspectiva leva necessariamente à exigência do princípio da fundamentação da intervenção policial, com a documentação formal das razões que justificaram a intervenção policial para posterior avaliação de sua legitimidade (ainda que relativizada pela conjuntura de uma cognição precária e da necessidade urgente de intervenção). Apenas é possível haver controle onde há fundamentação, ainda que esta seja sobre o reconhecimento das circunstâncias de fato que justificaram uma intervenção. A fundamentação dos atos administrativos é pressuposto essencial tanto ao controle do arbítrio e da irracionalidade, quanto como dever de coerência⁵⁹⁵.

Outro problema conexo com o dever de fundamentação quanto à presença dos pressupostos de fato é o da efetiva demonstrabilidade *a posteriori* da existência dos pressupostos no momento da intervenção. Em um grande número de situações, apesar de haverem pressupostos de fato taxativamente indicados, a verificação da presença de tais pressupostos está limitada exclusivamente à esfera de domínio do próprio policial, sem possibilidade de confrontos

⁵⁹³ Di Pietro, 2001:195; especificamente para a fundamentação da atuação policial: Valente, 2009b:189.

⁵⁹⁴ Indicando que um espaço mínimo de discricionariedade com um sistema de controle posterior é um postulado do Estado de Direito para a atividade policial: M.M. Ferreira, 1996:3.

externos. É o caso, por exemplo, de uma situação de resistência a uma ação legítima, que justificaria o uso da força, ou a alegação de que o suspeito teria desacatado um policial ou lançado objetos fora e saído correndo ao ver policiais. Se tais condutas ocorrerem em locais onde há testemunhas, uma forma de assegurar a transparência da atuação policial sobre a presença dos pressupostos é obrigar que se arrole testemunhas dessa atuação (sendo tal omissão um indicativo de que há a possibilidade de que algo não tenha ocorrido dentro do parâmetro legal). Quando ocorrem em locais onde ordinariamente não haverá testemunhas, uma possível solução seria fomentar a presença de testemunhas, ou documentar a abordagem policial mediante gravações ou filmagens obrigatórias (como as testemunhas que acompanham uma busca domiciliária no Brasil, ou as filmagens obrigatórias de abordagens por viaturas policiais em alguns estados dos EUA). Ainda assim, uma grande quantidade de situações ficará fora de um possível escrutínio externo, de sorte que nessas situações a palavra do policial terá um valor preponderante sobre a palavra do abordado, o que pode gerar eventuais vácuos de legitimidade sobre a atuação policial, ante a impossibilidade de comprovação de efetiva presença dos pressupostos de fato que autorizam uma determinada medida de polícia e o correspondente risco de eventual fraude policial quanto à presença desses requisitos. Via de regra o sistema jurídico conforma-se com a presunção de veracidade das informações prestadas por um policial.

Essa circunstância ínsita da atividade policial, de diminuta possibilidade de comprovação da presença dos pressupostos de fato, acaba por gerar uma necessária pressão para o compromisso do policial em ser fidedigno em suas informações, e da necessidade de apenar-se de forma especialmente severa as situações em que um policial pratica uma fraude processual (pois, se um policial está a praticar ordinariamente fraudes processuais, uma grande maioria destas configurará cifras ocultas e apenas uma minoria terá a chance de ser eventualmente esclarecida, de sorte que um esclarecimento de fraude significa uma possível “ponta de iceberg”).

2.3.6.2 Consequências jurídicas

Há que se realizar uma distinção entre os pressupostos jurídicos de uma medida de polícia, e a previsão em si da medida de polícia. Uma coisa é a lei prever a existência da prisão

⁵⁹⁵ Sobre a evolução do conceito de fundamentação administrativa na discricionariedade como instrumento de controle da racionalidade estatal, ver Homem, 2006:95. Especificamente sobre o dever de fundamentação na atividade policial, v. Calado, 2009:74.

em flagrante delito ou a revista pessoal, outra coisa é a disciplina concreta dos pressupostos jurídicos de cada uma dessas diligências.

No âmbito das medidas de polícia, que restringem direitos fundamentais, não há qualquer discricionariedade quanto à criação de uma forma de intervenção: as modalidades de intervenção devem estar tipificadas na lei que autoriza o uso de referidas medidas. Há, portanto, uma reserva de taxatividade legal quanto à previsão das medidas de polícia (CRFB/1988, art. 144, § 7º). A lei deve prever as modalidades de ingerência em um direito fundamental e sua abrangência⁵⁹⁶. A eventual discricionariedade reside em verificar a necessidade de utilizar a medida legalmente tipificada à luz do caso concreto.

Quanto ao nível de liberdade de atribuição de determinados efeitos jurídicos a situações de fato (discricionariedade quanto à estatuição), há distinção entre “discricionariedade de decisão” (*Entscheidungsermessen*), em que se permite à Administração agir ou não diante de determinada situação, bem como uma “discricionariedade de escolha” (*Auswahlermessen*), em que, diante de uma situação, a Administração possui a possibilidade de escolher entre diversas opções legalmente estabelecidas, qual é a mais adequada a uma solução concreta⁵⁹⁷.

No âmbito criminal as margens para uma discricionariedade na escolha dos meios são relativamente amplas quanto às atividades de prevenção criminal, e à forma de executar as diligências investigativas, podendo-se dizer que elas se encontram abrangidas pelo conceito de autonomia técnica e tática inerente à atividade policial⁵⁹⁸. Assim, se o policiamento preventivo será feito mediante patrulha pedestre, à cavalo ou em viatura, a forma de alocação dos recursos policiais para a realização das atividades preventivas, se a intervenção policial será feita

⁵⁹⁶ Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:77.

⁵⁹⁷ Correia, 1987:110; e Canotilho, 2003:734. Também Muniz e Proença Jr., 2007b: 53, distinguem entre oportunidade e propriedade da ação policial: “Por oportunidade se entende a escolha policial de agir, ou não, diante de uma determinada situação. Não agir, não intervir na situação, é uma alternativa possível e, assim quando se considera a oportunidade da ação, isto inclui a decisão de não fazer nada. Por propriedade se entende a escolha policial da forma de agir entre diversas alternativas possíveis. Neste sentido, uma ação só é “apropriada”, ou não, diante da decisão de agir, mas mesmo a decisão de não fazer nada admite a consideração da forma apropriada de não se fazer nada. Com isso, tem-se claro que “oportunidade” e “propriedade” de uma ação policial são dimensões distintas que se complementam”.

⁵⁹⁸ É nesse sentido que devem ser interpretadas as usuais afirmações de que as matérias ligadas ao poder de polícia devem estar abrangidas por uma atuação discricionária, na qual a previsão genérica de uma competência legal prevê embutida as medidas necessárias (v.g., Di Pietro, 2001:198; Cretella Jr., 2006:17). Genericamente sobre a discricionariedade policial: Muniz e Proença Jr., 2007b:41; A.F. Sousa, 2009:51-67. Essa afirmação é verdadeira

de forma camuflada ou a Polícia já anunciará sua chegada com sirenes (para afugentar o provável agressor e salvar a vítima), como administrar uma manifestação multitudinária, como antecipar-se a um possível evento potencialmente lesivo, são atos que, a princípio, estão dentro de uma liberdade de escolha⁵⁹⁹. O necessário é que as medidas a serem escolhidas (especialmente quando restritivas de direitos) estejam dentro dos parâmetros dos pressupostos de fato previstos em lei e, quanto a esses pressupostos é que não pode haver margem de discricionariedade aberta, como corolário do princípio da segurança jurídica e do Estado de Direito⁶⁰⁰.

No exercício de uma atividade preventiva, a configuração de uma situação de indicação perfunctória de suspeita (juízo de possibilidade razoável) pode permitir algum juízo de conveniência de realização ou não da diligência, bem como a escolha de qual seria a diligência de intervenção mais conveniente do ponto de vista da produção do resultado mais desejável⁶⁰¹. Todavia, outras situações de alta suspeita (juízo de alta probabilidade) de ocorrência de um perigo impõem um dever de ação pela Polícia, especialmente quando há uma necessidade de proteger a vítima (expressão do dever fundamental do Estado de proteção à vítima), que apenas poderia ser afastado mediante a presença de alguma condição concreta impeditiva de atuação. Nessa última situação de atividade policial protetora, há um direito fundamental subjetivo do cidadão à intervenção policial, não se podendo falar propriamente de discricionariedade⁶⁰². Nem sempre tal solução será cristalina, pois um dever de atuação poderá eventualmente conflitar com outro dever de atuação para proteger bem concretamente de valor superior e, diante da reserva do possível numa situação que exija ação imediata, haveria que se escolher qual dos dois deveres seria cumprido primeiramente (a defesa do bem jurídico mais relevante). Ainda assim, o dever de

para as medidas não restritivas de direitos fundamentais (prevenção geral de riscos sociais), mas possui limitações quando às medidas de polícia concretamente restritivas de direitos fundamentais.

⁵⁹⁹ Nesse sentido é que Muir, 1977, denomina o exercício da atividade policial de *stretcorner politics*, dada certa margem de discricionariedade inerente ao seu exercício.

⁶⁰⁰ Ressaltando a necessidade de tipicidade legal quanto à previsão das medidas de polícia: Raposo, 2006a:15; Canotilho e Moreira, 1993:956.

⁶⁰¹ Assim, Valente, 2009b:159, defende a existência de um princípio geral de oportunidade da ação policial, e exemplifica-o da seguinte forma: se um policial verifica uma pessoa conduzindo um cão em via pública, com coleira, mas sem a devida autorização da Junta de Freguesia para circular com o animal (em Portugal tal é exigido), ao invés de simplesmente multar o infrator o policial poderá informá-lo da irregularidade da situação e da necessidade de regularizar a situação. Registre-se que esse poder de oportunidade em não aplicar uma multa pode ser uma perigosa brecha de arbitrariedades (especialmente para a corrupção). Ainda assim, o exemplo é de uma atividade de manutenção da ordem, de policiamento administrativo, não criminal.

⁶⁰² Sobre o direito subjetivo da vítima à intervenção policial, ver acima, item 2.1.3. Especificamente sobre a inexistência de discricionariedade quanto à ação policial de preventiva de proteção a uma vítima concreta, ver J.C.V. Andrade, 2001:347; A.F. Sousa, 2009:64.

proteção exigiria uma obrigação de atuação policial diante de uma situação de perigo concreta, a qual não poderia ser arbitrariamente afastada, a não ser diante de outras razões jurídicas, o que acaba por limitar o espaço da discricionariedade na ação de prevenção⁶⁰³. A atuação preventiva, exposta à amplos espaços de discricionariedade, sujeita-se a um controle político da comunidade, através dos instrumentos de *accountability* institucional (ver abaixo).

Quanto à forma de condução de uma investigação, há uma discricionariedade quanto à conveniência de quais atos são necessários para o esclarecimento da verdade, até o surgimento de uma requisição do Ministério Público em sentido contrário, determinando um caminho concreto a ser seguido. Mas as opções de linhas investigativas devem estar fundamentadas, até para que o Ministério Público possa realizar o adequado controle da pertinência de tais linhas investigativas⁶⁰⁴. Ainda assim, a forma concreta pela qual tais atos serão realizados está no âmbito da autonomia técnica e tática da Polícia. Assim, por exemplo, o momento ideal para o ingresso em uma residência para cumprir um mandado de busca domiciliar deve levar em conta a maior probabilidade de obter informações e de manter a segurança dos próprios policiais envolvidos na diligência; a forma de realização de uma campana (vigilância continuada de uma pessoa ou local) está dentro da técnica policial, a ordem na qual as perguntas serão feitas à testemunha, se sua oitiva foi requisitada à Polícia, também está abrangida por sua autonomia técnica de colheita de depoimentos e afeta à atividade policial.

A margem de liberdade quanto à escolha dos meios nem sempre será ampla, pois em várias situações a ação da Polícia será vinculada, ou seja, reconhecendo a presença dos pressupostos de fato, a Polícia deverá agir de determinada forma, sob pena de sua omissão injustificada constituir uma violação de um dever de agir, portanto uma ilegalidade. Assim, por exemplo, se um policial está diante de uma infração de trânsito, ele não possui a discricionariedade de autuar ou não autuar: é obrigado a aplicar a autuação sob pena de prevaricação. Da mesma forma, se um policial está em via pública e vislumbra uma briga entre

⁶⁰³ Segundo A.F. Sousa, 2009:65, em determinadas situações, é possível que não se atenda a um chamado de ajuda em razão da necessidade de se manter um efetivo em estado de alerta para atender a outras chamadas eventualmente mais graves (já que o “estado de alerta” também é uma ação policial – v.g., se o policial está sozinho no posto, não poderia deixá-lo vazio para atender uma demanda ordinária); ou ainda, diante de uma manifestação coletiva de protesto em que ocorrem pequenas ilegalidades, uma eventual não ação policial pode ser justificada como estratégia para se evitar reações mais violentas (ser uma fagulha no barril de pólvora). Mas as omissões não de ser sempre justificadas, por serem uma exceção à regra de obrigatoriedade de ação diante de um perigo concreto.

duas pessoas com vias de fato, não pode simplesmente decidir não intervir: possui a obrigação legal de fazer cessar a agressão e, havendo autorização da vítima, conduzir o agressor à Delegacia de Polícia, obrigação esta que deriva do princípio da obrigatoriedade de ação da Polícia. Ainda, se há uma situação claramente de suspeita da prática de crime, o policial está obrigado a intervir, pois as situações de não-atuação policial diante da situação de flagrante delito são sempre excepcionais⁶⁰⁵. Se um particular comunica um crime à Polícia, dando indicações concretas da possibilidade de esclarecer tal fato, não é lícito à autoridade policial decidir não instaurar IP investigar tal delito (pois a omissão de instauração de IP implicaria, no sistema brasileiro, omissão de encaminhamento ao Ministério Público da *notitia criminis*). Aqui não há discricionariedade, pois vige o princípio da obrigatoriedade. Ainda que haja uma situação de obrigação de intervenção policial nas situações indicadas, resta a liberdade de avaliar o momento mais propício para a realização da diligência, e os meios e modo de atuação com vista à sua execução. Essas estão inscritas no âmbito da autonomia técnica e tática da autoridade policial e, portanto, no âmbito de sua discricionariedade.

Apesar de se reconhecer alguma margem de discricionariedade quanto à escolha dos meios legais à disposição da atividade policial, no âmbito da atividade preventiva, e na forma de condução das investigações, essa discricionariedade não é ilimitada. Ela está balizada aos princípios constitucionais que condicionam a atuação policial discricionária, entre os quais: a proporcionalidade, a igualdade, impessoalidade, o princípio da racionalidade (enquanto

⁶⁰⁴ Calado, 2009:75-81.

⁶⁰⁵ A obrigatoriedade está expressa no art. 301 do CPP (as autoridades públicas “deverão prender” quem se encontrar em flagrante delito). A exceção de não-atuação está prevista no art. 53, II da Lei n. 11.343/2006 permite, no caso de investigação de tráfico de drogas, a não-atuação diante de uma situação de flagrante delito, com a finalidade de “de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível”; todavia, essa autorização é uma exceção à regra, tanto que está subordinada à prévia autorização judicial e com manifestação do Ministério Público, e apenas pode ser concedida “desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores” (cf. parágrafo único do referido dispositivo). Dispositivo semelhante (mas menos exigente) consta do art. 2º, II, da Lei n. 9.034/1995, para o crime organizado. Tais exceções apenas confirmam a regra da obrigatoriedade de atuação policial diante de uma situação inegável de flagrante delito. Sobre o tema da não-atuação em flagrante, ver nosso trabalho: Ávila, 2009:406. Em sentido semelhante quanto à obrigação geral de atuação diante do flagrante delito: Raposo, 2006a:10. Todavia, novamente aqui se coloca o problema das zonas de incerteza: há situações que claramente há uma suspeita forte que permitem reconhecer uma obrigatoriedade de intervenção, mas há situações de suspeita tênue que acabam por dar uma margem de discricionariedade na intervenção policial: Bittner, 2003:47.

vedação de decisões irracionais, portanto arbitrárias e injustas) e as demais normas de natureza principiológica, bem como a finalidade legal do ato⁶⁰⁶.

O princípio da proporcionalidade condiciona a legitimidade da medida restritiva de direitos fundamentais e, mesmo que não esteja expressamente declarada na situação, enquanto princípio constitucional imanente a toda a ordem jurídica, possui aplicação obrigatória. Em verdade, os pressupostos de direito das medidas de polícia constituem, em grande medida, uma concretização do princípio da proporcionalidade. Assim, a medida a ser escolhida pela autoridade policial deverá ser uma medida adequada à situação diagnosticada, deverá ser a medida que proporciona a menor restrição possível de outros direitos correlatos e apenas poderá restringir direitos para assegurar a realização de outros direitos fundamentais que no caso concreto se mostram com peso proporcionalmente superior⁶⁰⁷. Assim, entre as diversas medidas legais admissíveis, a Polícia está autorizada a utilizar-se da medida que respeite o princípio da proporcionalidade, não lhe sendo admissível eleger uma desnecessariamente gravosa para a situação. O princípio da proporcionalidade apresenta-se como um conjunto de parâmetros jurídicos internos à racionalidade da atuação discricionária e, nessa medida, condicionam a sua legitimidade⁶⁰⁸.

Também o princípio da igualdade condiciona o exercício da discricionariedade policial na escolha das medidas legais admissíveis. O tratamento com igualdade é um dos princípios mais estreitamente unidos com a ideia de justiça, de ausência de arbitrariedade⁶⁰⁹. Se a autoridade policial ordinariamente adota determinadas medidas para certos pressupostos de fato, não pode arbitrariamente deixar de aplicar tais medidas em outra situação idêntica; ou se a Polícia

⁶⁰⁶ Defendendo que o uso de conceitos jurídicos indeterminados não necessariamente torna ilegítima a concretização do princípio da legalidade, mas funcionam como técnicas de concessão de discricionariedade, controlável mediante os demais princípios constitucionais aplicáveis: Correia, 1987:334; J.C.V. Andrade, 2001:342. Relembremos, todavia, que especificamente para as medidas de polícia há regras diferenciadas de aferição da legitimidade, que exigem um maior fechamento tanto dos pressupostos jurídicos quanto da previsão abstrata da medida a ser aplicada. Quanto às hipóteses de limitação da discricionariedade, Di Pietro, 2001:197, lembra que ela também é limitada pela competência, forma e finalidade do ato legal, de sorte que a discricionariedade sempre será um espaço de liberdade na moldura legal (em sentido semelhante: Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:44).

⁶⁰⁷ Genericamente sobre o princípio da proporcionalidade como critério de solução das colisões de direitos fundamentais: Alexy, 2002; J.C.V. Andrade, 2001:275-324; 199; Canotilho, 2003:1253-1304; C.M.M. Queiroz, 199-220; E.P. Farias, 1996; S.T. Barros, 2003; F.C.S. Oliveira, 2003. Especificamente para o processo penal, ver Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990; Ávila, 2007:5-70; Pacheco, 2007.

⁶⁰⁸ Sobre essa relação entre proporcionalidade e controle da discricionariedade, ver Correia, 1987:77. Relembrando que também o aspecto prestacional da proporcionalidade (enquanto proibição de insuficiência) é um guia para o exercício da discricionariedade administrativa, ver C.B.A.A. Reis, 2004.

ordinariamente não tem aplicado determinadas medidas a determinadas situações, não poderia num caso concreto arbitrariamente invocá-las. O princípio da igualdade, enquanto princípio constitucional estruturante, também condiciona a atuação policial, atuando como um “princípio de comutação”, ou seja, “uma norma que opera a comutação de linhas de orientação interna discricionária em preceitos jurídicos externos, juridicamente vinculados”⁶¹⁰. Ao criar um padrão de conduta a partir da interpretação de preceitos que inicialmente seriam indeterminados e atribuiriam certo nível de discricionariedade em sua aplicação, a atividade policial cria para si mesma uma auto-vinculação, uma obrigação de agir de forma semelhante em casos semelhantes⁶¹¹. Em síntese, não é possível atuar perante situações iguais de forma desigual nem atuar de forma igual perante situações desiguais sem exista uma razão objetiva suficiente para tanto, pois o exercício da discricionariedade nesses moldes seria no fundo uma atuação arbitrária, porque desigual, portanto contrária ao Estado de Direito⁶¹². Essa perspectiva da igualdade está umbilicalmente ligada ao princípio da boa fé, ou da lealdade, enquanto princípio de tutela da confiança na ação da Administração Pública⁶¹³.

O princípio da igualdade também deve ser conjugado com o da razoabilidade no âmbito da alocação dos recursos materiais e humanos das forças policiais. Por exemplo, a alocação integral de recursos policiais em áreas nobres (de classe média alta) em detrimento de áreas de alta conturbação criminal (classe baixa) pode indicar uma violação tanto do princípio da igualdade quanto do dever fundamental de proteção eficiente.

O princípio da impessoalidade (ou dever de atuação objetiva) limita a discricionariedade, pois impõe que todos (e apenas) os fatos e interesses relevantes para a decisão devem ser tomados em conta. Assim, a exclusão arbitrária de fatos ou interesses relevantes, ou a

⁶⁰⁹ Benda, 2001:494.

⁶¹⁰ Canotilho, 2003:735. Defendendo que a praxe administrativa cria uma autovinculação informal para a Administração Pública, que mitiga sua discricionariedade: Otero, 2003:854. Wolf e Bachof chegam a sustentar que, no caso de medidas policiais urgentes (*unerlässliche Gefahrenabwehr*), a norma que habilita a atuação da Administração é consuetudinária e não de lei formal, ainda que, quando ligar-se à restrição de direitos fundamentais, deva ser necessariamente dotada de generalidade e abstração: *apud* Correia, 1987:84.

⁶¹¹ É claro que a auto-vinculação deve ser aplicada com flexibilidade, excluindo-se os precedentes ilegais e reservando-se margem para a correção de entendimentos. Sobre a auto-vinculação policial decorrente do princípio da igualdade, ver Valente, 2009b:174. Indicando precedentes do Supremo Tribunal Administrativo Português aplicando o princípio da igualdade como critério de limitação da discricionariedade policial, ver A.F. Sousa, 2009:60.

⁶¹² Sobre a metodologia de controle do princípio da igualdade, ver Canotilho, 2003:1296-7; Müller, 1996:362-5.

⁶¹³ Sobre o tema, ver P.M. Lopes, 2011.

inclusão na motivação da decisão de fatos ou interesses não relevantes constituiu uma violação da impessoalidade, pois a atuação não se pautou em uma atuação racionalmente objetiva⁶¹⁴.

De forma mais genérica, o princípio do Estado de Direito, conjugado como princípio da justiça, determinam ambos que mesmo as escolhas discricionárias sejam guiadas por padrões racionais de escolha, ou seja, funcionam como uma proibição de escolhas irracionais, impondo decisões com base em critérios racionais⁶¹⁵. Além dos dois princípios referidos, outras normas de natureza principiológica aplicáveis ao caso concreto poderão eventualmente limitar o âmbito da discricionariedade decorrente de um conceito jurídico indeterminado⁶¹⁶.

Além desses parâmetros, a discricionariedade quanto à atribuição de consequências jurídicas está condicionada pelos fins do poder discricionário, que, de forma genérica é sempre a finalidade pública, e especificamente no exercício da atividade policial é sempre a prevenção da prática de possíveis atos criminosos (ou de dano social), de restabelecimento da legalidade ou o esclarecimento de uma situação suspeita de prática delituosa⁶¹⁷. Se um ato policial é praticado fora desse escopo geral (para obtenção de vantagens pessoais, por mera perseguição ou humilhação do abordado, ou ainda para “dar uma lição” ao suspeito), há desvio de finalidade, que inquina de ilegalidade a diligência e constitui abuso de autoridade, por desvio de poder⁶¹⁸. Nessa linha, ainda que haja um espaço de discricionariedade, este jamais chega a configurar plena liberdade de conduta, pois sempre estará vinculada ao fim público. Seria o caso, por exemplo, de utilização de revistas pessoais contra uma pessoa específica, ainda que numa situação de aparente suspeita, mas que em verdade possui a finalidade

⁶¹⁴ Sobre a aplicação do princípio da imparcialidade como limitador da discricionariedade, ver Duarte, 2008:61.

⁶¹⁵ Sobre o princípio da justiça como exigência de critérios racionais de atuação e decisão, ver Duarte, 2008:67.

⁶¹⁶ Sobre as normas principiológicas concretamente aplicáveis como fatores de restrição da discricionariedade administrativa, ver Duarte, 2008:59. Especificamente quanto às restrições do alcance da atuação policial concreta, ver Muniz e Proença Jr., 2007b:47: “Expressam o universo de valores culturais e expectativas sociais de uma *polity* sobre o mandato policial, estabelecendo diversas instâncias de instrumentalidade que buscam aproximar o exercício do mandato destes valores e expectativas. Os contornos do mandato policial retratam de maneira sensível as interações entre a sociedade e seu governo, buscando dar conta da pluralidade de convicções, interesses e opiniões. Refletem, portanto, um processo continuado de aproximações, um ir e vir, que se apresenta na forma de prioridades políticas, expedientes legais e normativos, diretrizes organizacionais ou administrativas, doutrinas ou métodos de ação, demandas locais, comunais ou minoritárias, clamores, vivências e proposições nascidos das experiências e experimentos diante das circunstâncias da vida real”.

⁶¹⁷ Sobre a necessidade de um fim constitucionalmente relevante para justificar as restrições de direitos fundamentais, ver Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:99-106.

⁶¹⁸ Sobre o desvio de finalidade, ver Di Pietro, 2001:194; Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:45. Especificamente sobre o desvio de poder no exercício do poder de polícia, ver Cretella Jr., 2006:12-16; A.F. Sousa, 2009:62.

de constituir mero instrumento de retaliação, perseguição ou punição (foge-se do interesse público para atingir um interesse particular do policial)⁶¹⁹.

Finalmente, os espaços de discricionariedade também estão limitados pela competência legal, já que uma autoridade policial não pode praticar atos que estejam na esfera de competência de outra autoridade policial: regra geral a Polícia Militar não investiga crimes (exceto para a sua atividade de inteligência criminal ou no âmbito sumaríssimo de recolha de informações no caso de flagrante delito), regra geral a Polícia Civil não realiza atividades de policiamento preventivo ostensivo (exceto quanto ela está diretamente ligada à prevenção de um crime específico, especialmente quando há habitualidade)⁶²⁰.

Assim, apesar de haver inicialmente uma discricionariedade quanto à atribuição de consequências jurídicas (quais diligências a realizar) diante de uma situação fática legalmente prevista, a conjugação dos diversos critérios expostos (proporcionalidade, igualdade, impessoalidade, racionalidade, finalidade pública) acaba por estabelecer balizas relativamente estreitas, que permitem efetivamente um controle *a posteriori* da legalidade do exercício do poder discricionário pelos órgãos de controle da atividade policial, seja pelo juiz, seja pelo Ministério Público⁶²¹. Tais princípios constituem não apenas critérios para um mero afastamento de escolhas manifestamente inadequadas, mas muitas vezes elas acabam por apontar, diante das

⁶¹⁹ Para vários outros exemplos de limitação da atuação policial à finalidade pública, ver Valente, 2009b:152. Indicando que a realização de um controle de identificação com a mera finalidade de intimidar o abordado, ou ainda uma presença massiva de policiais fortemente armados a uma manifestação de rua pacífica com o fim de intimidar os manifestantes, constituem situações de desvio de finalidade, ver A.F. Sousa, 2009:55-56. Ele conclui (*ibidem*: 57): “quaisquer excessos das forças de segurança no sentido de dar à sua atuação policial um efeito profilático representam uma violação das funções policiais, desde logo porque a ação policial é simplificada à custa da limitação dos direitos fundamentais dos particulares (*princípio da não simplificação das operações policiais*)”.

⁶²⁰ Indicando diversas áreas de possível coincidência de atribuições para a atuação policial, ver Muniz e Proença Jr., 2007b:44-46.

⁶²¹ Indicando a possibilidade de controle judicial da discricionariedade sobre as consequências jurídicas da situação de fato, com fundamento nos referidos critérios, ver Correia, 1987:113. Vale citar outra passagem (Correia, 1987:174): “quando o ato encerra um momento criativo insusceptível de decomposição em proposições lógicas, a única garantia de que o uso do poder se harmoniza com o ordenamento jurídico que o cria reside no enquadramento harmônico do ato numa atividade regida por princípios que asseguram a sua natureza funcional”. Indicando, com fundamento no direito alemão, que a violação de tais princípios gera um “vício de discricionariedade”, que pode gerar tanto uma “omissão no exercício da discricionariedade” quanto um “excesso de discricionariedade” (*Ermessensnichtgebrauch, Ermessensmangel, Ermessensunterschreitung*), ver A.F. Sousa, 2009:60-62. Entre nós, ver posição de C.A.B. Mello, 1999:645: “Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou

peculiaridades do caso concreto, para uma única solução possível, situação em que o poder abstratamente discricionário se converteria em um poder concretamente vinculado.

2.3.6.3 Normas procedimentais de garantia

Ao disciplinar o procedimento concreto de realização das medidas de polícia, a lei deve prever de forma minimamente satisfatória um procedimento que assegure uma mínima proteção aos direitos fundamentais em jogo, bem como permita uma suficiente realização dos valores de eficiência e promoção da segurança pública na diligência. Também se deve criar um sistema que, por sua realização processual, permita identificar as diligências que foram realizadas fora do paradigma legal e, portanto, permitam dar-lhe uma resposta de desestímulo adequada.

A atuação policial é palco de inúmeras possíveis restrições a direitos fundamentais (como buscas domiciliares, prisões, restrições momentâneas de liberdade, intervenções nas comunicações *etc.*) e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige que se busque constantemente o aperfeiçoamento dos procedimentos policiais visando que se permita a realização eficiente da investigação criminal com o fechamento das brechas de discricionariedade, protegendo-se através do procedimento⁶²². Um procedimento de investigação justo é um procedimento valorativamente orientado para a defesa de valores e direitos fundamentais, no qual as brechas de eventuais arbitrariedades estejam fechadas, ou, ao menos, reduzidas ao mínimo possível, com mecanismos eficientes de identificação dos responsáveis por eventual desvio, em ordem a responsabilizá-los, como instrumento de dissuasão da reiteração do desvio. Protege-se preventivamente através do procedimento de atuação policial, através do devido processo legal⁶²³.

A previsão de mecanismos processuais de controle da atividade policial é parte integrante do conceito de *fairness* (ou *équité*) processual, princípios previstos no art. 6º da

decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária”.

⁶²² Segundo J.C.V. Andrade, 2001:149, há uma inter-relação entre a dimensão organizacional, as garantias institucionais e o dever de proteção, as quais constituem em seu conjunto projeções objetivas dos direitos fundamentais.

⁶²³ Nesse sentido, indicando que os clássicos precedentes estadunidenses *Mapp vs. Ohio* (sobre provas ilícitas) e *Miranda vs. Arizona* (sobre o direito à informação do direito ao silêncio no interrogatório) foram soluções judiciais construídas para se criar um ambiente propício à inexistência (ou diminuição) de desvios policiais, ver Walker, 2001:9.

CEDH, e ainda nos art. 7º e 8º da CADH, um procedimento que deve ser plenamente respeitoso dos direitos fundamentais⁶²⁴. Portanto, o mandado constitucional de responsabilização por desvios policiais também impõe a construção de mecanismos eficientes de se verificar se houve ou não um desvio policial.

Assim, na disciplina de cada uma das diligências deve-se avaliar quais são as áreas de vulnerabilidade para a eventual prática de uma arbitrariedade, criando-se um procedimento que procure evitar o desvio (ou minorar a probabilidade de sua ocorrência). Como já dito, o Estado de Direito não confia cegamente na perfeição dos homens que ocupam as funções públicas, antes trabalha com a possibilidade de desvios e falhas (inerentes à natureza humana) e procura criar mecanismos de minorar a ocorrência do desvio, facilitar a sua descoberta e assegurar sua responsabilização. Isso também se aplica à atividade policial, expressão sensível do “monopólio estatal da violência”.

Algumas diligências restritivas de direitos fundamentais estão subtraídas da livre iniciativa policial, estando dependentes de prévia autorização judicial, como é o caso da prisão fora da situação de flagrante delito, da busca domiciliar fora da situação de flagrante delito (ou consentimento do morador ou desastre), das interceptações telefônicas e da quebra de sigilos constitucionalmente qualificados (uma construção jurisprudencial sobre os sigilos bancário, fiscal e telefônico). Nesses casos, a prévia autorização judicial é vista como um procedimento de garantia contra restrições marcadas pela imediatidade e urgência características da atividade policial e para assegurar uma avaliação imparcial da efetiva presença dos pressupostos fáticos e jurídicos da medida (que podem estar eventualmente comprometidos com o envolvimento ativo nas atividades de investigação: o que inclui o Ministério Público como órgão comprometido para deferir tais restrições⁶²⁵).

Em outras situações, quando já é deferido à Polícia a legitimidade para uma ação inicial de restrição de direitos, deve-se prever um procedimento que permita aos órgãos de

⁶²⁴ Sobre os direitos fundamentais a normas de organização e procedimento, ver Alexy, 2002:454 *et seq*; J.C.V. Andrade, 2001:149. Sobre a *fairness* no procedimento penal, ver Chiavario, 2009:23.

⁶²⁵ Aqui ressaltamos a hipertrofia que foi dada no Brasil aos sigilos bancário, fiscal e telefônico, que deveriam permitir uma flexibilização do acesso a essas informações pelos órgãos de persecução penal, sempre com a devida documentação do acesso para posterior controle da legalidade da diligência. Genericamente sobre o tema, ver Ávila, 2007:256-7.

controle aferir a adequação da ação concreta com os parâmetros legais, com a obrigação de elaboração de relatórios e posterior fiscalização da legalidade da diligência⁶²⁶.

Por exemplo, são normas procedimentais de garantia no caso das buscas domiciliárias e revisas pessoais, a exigência de prévio mandado judicial para a realização de buscas domiciliárias (CPP, art. 241 c/c CRFB/1988, art. 5º, XI), a exigência de indicação no mandado do endereço e dos motivos da diligência com a finalidade de individualizar seu objeto e evitar o uso indiscriminado do mandado para outros locais (CPP, art. 243), sua limitação ao período diurno quando fora da situação de flagrante delito (CRFB/1988, art. 5º, XI e CPP, art. 245, caput), obrigação de leitura do mandado e ordem para entrega da coisa antes do início da diligência (art. 245, caput, e § 5º), a obrigação de uso da força apenas em situações de desobediência ou recalcitrância do morador (art. 245, §§ 2º e 3º), obrigação de acompanhamento da diligência por uma testemunha vizinho (art. 245, § 4º), obrigação de lavrar um auto com o relatório da diligência com duas testemunhas (art. 245, § 7º), possibilidade de comunicação dos motivos da diligência ao morador mesmo se não localizada a coisa, se o requerer (art. 247), a obrigação de menor importunação possível aos moradores (art. 248), preferência de realização de revista pessoal em mulher por outra mulher (art. 249). Todo esse conjunto de normas visa dar concretude ao princípio da proporcionalidade e à necessidade de proteção dos interesses constitucionais em jogo no âmbito de uma busca domiciliar. Com a participação de testemunhas e a obrigação de elaboração de relatório, visa-se institucionalizar um procedimento que assegure a minimização de possíveis arbitrariedades. A vedação de arbitrariedades é expressa no próprio procedimento de realização da diligência policial.

Os procedimentos estabelecem limites de ação, como no caso da vedação de realização de revistas pessoais em mulher por um policial homem, salvo excepcionalidade (art. 249, CPP). No caso de prisão em flagrante, havendo necessidade de uso da força para realizar a diligência, será necessária a lavratura de um auto de resistência, com indicação de duas testemunhas, (art. 292 do CPP); toda diligência deverá ser documentada em um auto de prisão em flagrante com formalidades próprias destinadas a vedar prisões ilícitas, tais quais a exigência de um número mínimo de testemunhas (presenciais ou instrumentárias), a nota de culpa, um prazo

⁶²⁶ A prestação de contas quanto ao exercício concreto da discricionariedade é elemento essencial da legitimidade da intervenção policial. Sobre o tema, ver adiante, subseção 2.4.1.

fatal para conclusão de 24 horas, e a necessidade de posterior comunicação da prisão ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública (no caso de não haver defensor constituído), para o respectivo controle. Durante o interrogatório, o interrogando deverá ser informado de seus direitos (com o direito ao silêncio) e tal informação deverá constar do respectivo termo de interrogatório para aferição do efetivo cumprimento⁶²⁷; por outro lado, se o réu for advertido de que deve falar a verdade sob pena de responsabilização, tal situação configurará nulidade⁶²⁸. Para compelir uma testemunha a comparecer e prestar depoimento, sob pena de condução coercitiva, é essencial que primeiramente ela seja formalmente intimada, para se documentar sua desobediência à ordem de comparecimento (art. 218, CPP). Há formalidades quanto às perícias destinadas a reforçar sua veracidade (documentação formal, indicação de fotografias, manutenção de parte do material apreendido para nova perícia – cf. art. 164, 169, e 179, todos do CPP e art. 32, § 1º, da Lei n. 11.343/2006).

A investigação é realizada na forma de um procedimento formal, em ordem a assegurar sua lisura, de forma que diligências realizadas não sejam indevidamente excluídas do procedimento e haja documentação da atividade investigativa, submetendo-a posteriormente ao controle do Ministério Público e, quando do ajuizamento da ação penal, ao Judiciário. Para várias diligências policiais é essencial a lavratura de um “auto circunstanciado”, com indicação de testemunhas. Assim, por exemplo, o CPP prevê a lavratura de auto de reconhecimento de pessoa (art. 226, IV), auto de acareação (art. 230), auto de busca e apreensão (art. 245, § 7º), auto de prisão em flagrante (art. 304), auto de uso da força diante de resistência (art. 292). Também prevê a lavratura de diversos termos, como o termo de oitiva do indiciado (art. 6º, V), termo de representação da vítima (art. 39, § 1º), termo de restituição de coisa apreendida (art. 120), termo de interrogatório (art. 195), termo de declarações do ofendido (art. 201), termo de depoimento de

⁶²⁷ Estabelecendo a necessidade tanto de advertência ao direito ao silêncio como da respectiva documentação, no interrogatório policial, sob pena de configuração de prova ilícita: STF, HC 80949, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 30 out. 2001, DJ 14 dez. 2001, p. 26. Reconhecendo a nulidade no caso de audiência preliminar do JEC realizada especificamente para ouvir o investigado, realizada sem a advertência ao direito ao silêncio: STF, HC 82463, rel. Min. Ellen Gracie, 1ª T., j. 5 nov. 2002, DJ 19 dez. 2002, p. 92. Essa é uma regra que possui exceções. Assim, há decisões de que, se não constou tal advertência, mas o réu estava acompanhado de advogado, que acompanhou o ato e manteve-se em silêncio, não haveria a nulidade, conferir: STF, RHC 107915, rel. Min. LUIZ FUX, 1ª T., j. 25 out. 2011, DJe-217 14 nov. 2011; STJ, HC 66.298/PE, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 4 set. 2007, DJ 5 nov. 2007, p. 303. Também há precedente do STF de que, se o investigado é pessoa de elevado nível de educação, que foi advertido do direito de fazer-se assistir por advogado e não o quis, não haveria nulidade: STF, HC 88950, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 25 set. 2007, DJe-018 31 jan. 2008.

⁶²⁸ Nesse sentido: STJ, RMS 14.901/TO, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 21 out. 2008, DJe 10 nov. 2008.

testemunha (art. 216) com indicação das intercorrências da diligência (art. 217, parágrafo único), termo de fiança (art. 327) documentado em livro especialmente destinado a essa finalidade (art. 329). Também há referências a recibos especiais, como o recibo de entrega do preso (arts. 288 e 304), recibo que o preso recebeu cópia do mandado de prisão com relatório sumário da diligência (art. 286), e o recibo da nota de culpa após o auto de prisão em flagrante (art. 306, § 2º). A Lei n. 11.343/2006 ainda prevê um auto de documentação das condições em que foram encontradas uma plantação ilícita para produção de drogas (art. 32, caput), e um auto de destruição de droga ilícita com participação do Ministério Público e da autoridade sanitária (cf. art. 32, § 2º). Para a realização da interceptação telefônica, é necessária a lavratura de um auto circunstanciado, com o resumo das diligências, para se permitir sua renovação (Lei n. 9.296/1998, art. 6º, § 2º). Todos esses dispositivos revelam um princípio maior, que é o da formalidade da atividade policial, com a obrigação da sua documentação para posterior controle.

As formalidades de garantia não devem ser excessivas, pois uma hipertrofia de garantias pode levar à ineficiência sistêmica, que por sua vez geram novas violações de direitos fundamentais. Por exemplo, uma excessiva e desnecessária burocracia na tramitação das investigações pode ser causa para uma demora acentuada que venha induzir à dispersão das informações investigativas, à prescrição, ou a anulações por filigranas processuais⁶²⁹. Por outro lado, a mera eleição da eficiência, ainda que à custa do risco de desvios, não promover efetivamente a segurança pública, mas incrementa a insegurança diante do possível desvio policial. Há que se maximizar ambas as diretrizes fundamentais da atividade policial: eficiência com garantias contra o eventual abuso. E um padrão de atuação procedimental alinhado à dupla finalidade de proteção (proteção dos interesses sociais mediante uma realização efetiva da atividade policial e proteção dos interesses individuais da pessoa submetida à intervenção policial) é essencial como ponto de partida para a estruturação da atividade policial.

Todavia, como se verá mais adiante, inúmeras diligências policiais possuem procedimentos de controle tão fracos que virtualmente estão abertas ao risco do eventual desvio. Por exemplo, no caso de envolvimento de policiais em disparos de arma de fogo, e especialmente com vítima fatal, seria essencial que houvessem regras estritas sobre a preservação do local do

⁶²⁹ Ver nesse sentido nossa discussão sobre a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como causa de legitimação da utilização de provas formalmente ilícitas (mas que se tornam materialmente lícitas diante da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto): Ávila, 2007.

crime, com a obrigação de os policiais preservarem o corpo da vítima dos tiros policiais no local (desde que ela esteja claramente morta, pois do contrário há uma obrigação de prestar socorro imediato), de recolher os projéteis indicando o local de recolhimento, de indicarem com certeza a posição dos corpos, e, de forma mais abrangente, de realizar-se uma perícia adequada no local, de forma a indicar a efetiva dinâmica dos fatos envolvendo disparos praticados por policiais. O estabelecimento do que deve ser feito no caso de um disparo de arma de fogo é um procedimento de garantia de que haverá um esclarecimento adequado dessa diligência, sempre excepcional diante dos valores do Estado de Direito. Também não se prevê relatórios para diligências sensíveis, como a revista pessoal, as restrições momentâneas de liberdade, as buscas domiciliares realizadas em situação de flagrante putativo e inúmeras outras.

Para suprir tais omissões, é conveniente a realização de reformas legislativas e a normatização administrativa regulamentar. Diante da usual omissão legislativa e a regulamentar em termos de controle da atividade policial, a jurisprudência dos tribunais superiores possui um relevante trabalho ao estabelecer limites procedimentais à atividade policial, destinados à assegurar a efetividade da concretização dos direitos fundamentais que estão concretamente em jogo. Essa atividade jurisprudencial é subsidiada pela doutrina (sendo este, aliás, o escopo do presente trabalho). Analisaremos em maior profundidade as deficiências do sistema brasileiro de garantias procedimentais adiante⁶³⁰.

Quando padrões de atuação desviantes se tornam conhecidos, o direito à proteção jurídica coletiva preventiva permite justificar interações entre o órgão de controle externo e a Polícia, tendentes à implementação de alterações de procedimentos tendencialmente arbitrários para outros procedimentos que possibilitem a redução do arbítrio. Tais tratativas ocorrem fundamentalmente através de reuniões, para tratativas mediante negociações recíprocas ou para a própria construção das soluções, ou ainda mediante recomendações, quando o órgão de controle externo já possui uma posição fixada sobre o tema. Se as tratativas administrativas se tornarem infrutíferas, parece-nos inegável a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para a alteração de procedimentos policiais tendencialmente abusivos, devidamente documentados.

⁶³⁰ Ver cap. 4.

Nessa última situação, será admissível uma ação civil pública para impor reformas institucionais ao Departamento de Polícia⁶³¹.

2.3.7 A necessidade de uma lei de atuação policial no Brasil

De todo o analisado até aqui, conclui-se que o paradigma do Estado de Direito no âmbito da atividade policial exigiria que essa atividade estivesse a máxima regulamentação possível, fechando-se os espaços de discricionariedade não regradada e não controlada, com uma previsão estrita das medidas de polícia legalmente admitidas (especialmente aquelas que envolvem o uso da força), seus pressupostos taxativamente previstos, suas consequências jurídicas regradadas e seu procedimento regulamentado como uma concretização do princípio da proporcionalidade e dos demais princípios constitucionais envolvidos. A densificação legal do regime jurídico das medidas de polícia, com parâmetros objetivos e claros, e o estabelecimento de mecanismos de controle é essencial para a contenção de possíveis arbitrariedades no âmbito da atividade policial, portanto um fator relevante de concretização dos direitos fundamentais e de afirmação da própria legitimidade do Estado constitucional brasileiro. Um regime aberto de exercício da autoridade pública sem mecanismos de controle é uma porta aberta para as arbitrariedades.

Todavia, analisando-se a legislação brasileira, verifica-se que o regramento da atividade policial está recheado de conceitos jurídicos indeterminados que acabam por estabelecer brechas significativas de arbitrariedade não controlada no âmbito da atividade policial. Há um grande número de medidas de polícia que simplesmente não estão previstas em lei, apesar de serem largamente utilizadas no dia-a-dia policial. Por exemplo: em que situações pode um policial determinar que as pessoas se afastem de um local? Em que situações pode um policial interditar uma via pública, por quanto tempo, quem controla essa medida? Em que situações pode um policial solicitar de uma pessoa em via pública que se identifique para o policial, por quanto tempo pode durar a restrição momentânea de liberdade na via pública para realizar esse controle, quem controla a diligência? Qual é o regime jurídico das revistas pessoais

⁶³¹ Nos EUA, o Departamento de Justiça do Governo Federal possui uma atuação combativa no ajuizamento de ações judiciais contra Departamentos de Polícia locais para compeli-los à realização de reformas institucionais tendentes à diminuição do desvio policial, mediante a realização de *consent decrees*; ver uma revisão desse tema infra, na subseção 5.2.2.

sem finalidade investigativa, com finalidade meramente de prevenção (em aeroportos ou estádios)? Quando um policial pode abordar uma pessoa em um veículo, até onde pode o policial realizar revistas no veículo dessa pessoa? O que pode um policial determinar que uma pessoa faça durante o curso de uma revista pessoal (mãos na parede, ficar de joelhos com as mãos na cabeça, pode determinar a extração de roupas em via pública, por quanto tempo pode deter a liberdade da pessoa)? Pode um policial ordenar a uma pessoa que não o olhe nos olhos e mantenha a cabeça baixa? Em quais situações concretas pode um policial utilizar-se da força contra um cidadão, qual a graduação do uso dessa força? Quando um policial está autorizado a conduzir a perseguição de um veículo em via pública, com possível risco à coletividade decorrente dessa perseguição? Quando pode um policial recorrer ao uso da força letal? E como controlar esse uso da força contra um cidadão? Como administrar uma manifestação política multitudinária? Se um policial pode pedir informações a uma pessoa em via pública ela é obrigada a dá-las? Em quais situações concretas pode um policial abordar uma pessoa em via pública para realizar uma revista pessoal (um jovem de cor andando à noite na rua seria razão suficiente)? Pode o policial reter momentaneamente uma pessoa suspeita e como se controla essa detenção momentânea? Pode a Polícia obrigar que uma pessoa a acompanhe em uma diligência policial? Pode a Polícia requisitar que uma pessoa empreste-lhe um objeto (v.g., um carro) para poder realizar uma diligência policial (requisição administrativa)? Até onde pode um policial ordenar que uma pessoa faça algo sob pena de cometer o crime de desobediência? Mesmo no âmbito da atividade investigativa, fica um grande número de situações sem um regramento específico: quanto tempo pode durar um interrogatório? O que fazer se a Polícia realizar uma atuação acreditando estar em flagrante delito (detenção de pessoa, busca domiciliar), mas depois se verificar que não havia a situação de flagrante? Como se controlam as apreensões feitas pela Polícia, as conduções coercitivas, *etc.*? Pode um policial ingressar gratuitamente num cinema, espetáculo ou casa de diversões, em seu horário de folga e sem uma ordem de missão específica usando a identificação profissional? Qual é o limite de utilização das informações pessoais constantes de bancos de dados policiais?

Em síntese, verifica-se que a Polícia possui um grande poder de ação, mas esse poder não está especificamente regulamentado na lei, nem há mecanismos de controle claros da atividade policial, o que pode permitir que o exercício dessa atividade se converta em brechas de arbitrariedade.

Também não há uma divisão clara das atribuições entre Polícia Civil e Militar. Até onde pode a Polícia Civil atuar na prevenção de riscos sociais (especialmente na vigilância de locais susceptíveis à prática de infrações penais) se sua missão constitucional é investigar crimes? E quais medidas concretas podem a Polícia Civil ou Militar utilizar-se para a realização de atos de prevenção criminal? Até onde pode a Polícia Militar realizar atos de inteligência visando organizar sua atividade de prevenção criminal sem adentrar indevidamente numa investigação criminal propriamente dita? Qual é o limite de investigação criminal da Polícia Militar (já que ela efetivamente investiga ao atuar numa situação de flagrante delito)? Como realizar o dever de cooperação interinstitucional entre as forças policiais?

Finalmente, não há no Brasil uma efetiva regulamentação da atividade de segurança particular. A Lei n. 7.102/1983, com as alterações posteriores, regulamenta no Brasil a profissão de vigilante, condicionando a profissão a curso específico e a credenciamento perante a Polícia Federal, e dando-lhe poder de porte de arma quando em serviço e de uso de cassetete, mas também não regulamenta as situações concretas nas quais será lícito ao vigilante usar a força no exercício de sua função (pode ele retirar a força uma pessoa inconveniente do interior do estabelecimento comercial ou deve chamar a força pública? Qual o nível de utilização da força admissível? Qual é o nível de seu dever de colaboração com as instituições policiais?

Conclui-se, portanto, que há uma necessidade premente de uma lei de regulamentação da atividade policial no Brasil. Normalmente quando o tema é debatido, ele é perspectivado apenas no ponto de vista de aumento salarial para os policiais. Todavia, o que se aponta como necessário é uma efetiva regulamentação das medidas possíveis de atuação da Polícia e das competências legais, preferencialmente em um catálogo o mais completo possível, conferindo certeza ao regramento legal das ferramentas de atuação da Polícia. Infelizmente, quando as instituições policiais são chamadas a regulamentares sua atividade e, portanto, fecharem as brechas de discricionariedade, há sempre uma repetição de conceitos lacônicos que acabam por manter a discricionariedade do policial, numa visão funcionalista de quanto mais discricionariedade melhor à atuação policial (quando na verdade uma melhor regulamentação traria mais certeza de atuação ao próprio policial).

Tal regulamentação deve ter em conta tanto a necessidade de vedar espaços abertos de discricionariedade na ponderação dos interesses em jogo, bem como deve considerar

as excepcionalidades da atuação policial, conferindo-se instrumentos para uma resposta rápida e eficiente aos riscos com os quais os policiais se deparam, mas de forma a respeitar os direitos fundamentais das pessoas sujeitas à sua abordagem.

A título de paradigma, há em Portugal a Lei n. 53/2007 (Lei Orgânica da PSP), que prevê um rol de competências da Polícia de Segurança Pública, em atividades ligadas diretamente à prevenção criminal, e outras atividades ligadas à proteção social de situações de perigo e outras atividades de licenciamento e fiscalização. A referida lei portuguesa, em seus arts. 28 e 29, prevê uma lista de medidas de polícia, algumas das quais estão sujeitas à posterior comunicação ao juiz, no prazo de 48 horas, para convalidação da diligência⁶³². Há também em Portugal, a Lei de Segurança Interna (Lei n. 53/2008) que regulamenta o exercício da atividade policial, em sua vertente de prevenção de riscos sociais e prevenção de crimes.

Outra referência inspiradora são os códigos de conduta policial anexos ao PACE 1984, na Inglaterra, com uma minuciosa regulamentação da atividade policial.

⁶³² Conferir o teor dos referidos dispositivos da Lei n. 53/2007: “Artigo 28 – **Medidas de polícia.** 1 — São medidas de polícia: a) A identificação de pessoas suspeitas que se encontrem ou circulem em lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial; b) A interdição temporária de acesso e circulação de pessoas e meios de transporte a local, via terrestre, fluvial, marítima ou aérea; c) A evacuação ou abandono temporários de locais ou meios de transporte. 2 — Considera -se também medida de polícia a remoção de objectos, veículos ou outros obstáculos colocados em locais públicos sem autorização que impeçam ou condicionem a passagem para garantir a liberdade de circulação em condições de segurança. Artigo 29 – **Medidas especiais de polícia.** São medidas especiais de polícia: a) A realização, em viatura, lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial, de buscas e revistas para detectar a presença de armas, substâncias ou engenhos explosivos ou pirotécnicos, objectos proibidos ou susceptíveis de possibilitar actos de violência e pessoas procuradas ou em situação irregular no território nacional ou privadas da sua liberdade; b) A apreensão temporária de armas, munições, explosivos e substâncias ou objectos proibidos, perigosos ou sujeitos a licenciamento administrativo prévio; c) A realização de acções de fiscalização em estabelecimentos e outros locais públicos ou abertos ao público; d) As acções de vistoria ou instalação de equipamentos de segurança; e) O encerramento temporário de paióis, depósitos ou fábricas de armamento ou explosivos e respectivos componentes; f) A revogação ou suspensão de autorizações aos titulares dos estabelecimentos referidos na alínea anterior; g) O encerramento temporário de estabelecimentos destinados à venda de armas ou explosivos; h) A cessação da actividade de empresas, grupos, organizações ou associações que se dediquem ao terrorismo ou à criminalidade violenta ou altamente organizada; i) A inibição da difusão a partir de sistemas de radiocomunicações, públicos ou privados, e o isolamento electromagnético ou o barramento do serviço telefónico em determinados espaços”. Tema de controvérsia em Portugal é o art. 33.4 da Lei n. 53/2008, que prevê que as provas obtidas no curso de uma medida de polícia que posteriormente não for homologada pelo juiz não poderá ser utilizada em processo penal. O problema é que tais medidas de polícia não são investigativas, mas de segurança pública (ação preventiva); portanto, a disposição apenas teria aplicação no caso de uma descoberta fortuita, ou seja, se no âmbito de uma ação preventiva para evitar a ocorrência de um possível crime iminente, a Polícia descobrir provas deste crime (no caso de punição de atos preparatórios ou se não foi possível evitar a consumação) ou de outro crime. Por sua urgência, tais medidas estão subtraídas ao controle imediato pelo Ministério Público. De qualquer sorte, sempre que a Polícia portuguesa obtiver a notícia de um crime, há a obrigação policial de imediata comunicação ao Ministério Público português, para o acompanhamento das investigações.

Quando analisadas referidas leis, surge a perplexidade do fato de, no Brasil, não existir uma regulamentação legal mais minuciosa sobre essa atividade tão relevante para o Estado de Direito, e ao mesmo tempo de riscos tão acentuados para a configuração das liberdades individuais frente ao Estado, restando essa configuração limitada, no Brasil, a um “direito policial consuetudinário” (portanto aberto à subjetividade do policial)⁶³³.

2.4 Fiscalização da atividade policial

2.4.1 Aspectos gerais sobre a accountability e a fiscalização da atividade policial

2.4.1.1 A atividade de controle externo enquanto mecanismo institucional fiscalização recíproca de na Constituição

A ideia de separação de poderes implica a ideia de estabelecimento de limites, de controles recíprocos e, portanto, de fiscalização (dimensão negativa), ou seja, é necessário engendrar procedimentos e processos para dar operatividade prática à vedação de arbitrariedades, assegurando-se que os limites ao exercício do poder sejam efetivamente respeitados. Todavia, também abrange a ideia de uma organização racional do poder para atingir resultados mais eficientes (dimensão positiva)⁶³⁴. Ainda que tenha se desenvolvido na perspectiva clássica de divisão entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, a filosofia da separação de poderes também evoluiu para assumir a faceta de divisão de poderes dentro do mesmo poder como mecanismo orgânico-institucional de controle e fiscalização⁶³⁵.

Enquanto a primeira perspectiva está centrada no controle dos excessos mediante uma organização jurídica dos limites do poder, a segunda perspectiva assume que a divisão de tarefas num esquema relacional de competências proporcionará maior especialização e

⁶³³ Para indicações de outras leis de regulamentação da atividade policial na Alemanha, ver Roxin, 2000:281-2. Ainda assim, ele critica a disciplina esparsa (muitas vezes dependente de regulamentação estadual ou administrativa) de um tema de tamanha relevância para a restrição de direitos fundamentais, defendendo que deveria haver um princípio de reserva de codificação para a regulamentação legal das ingerências policiais no âmbito do processo penal.

⁶³⁴ Canotilho, 2003:250. Indicando separação de poderes como um princípio orgânico do Estado de Direito, ver Benda, 2001:505.

⁶³⁵ Canotilho, 2003:559; Correia, 1987:29-30. Segundo Denninger, 2001:455, a designação e coordenação de funções entre os diversos órgãos públicos não é apenas uma expressão da racionalização de tarefas, mas produz simultaneamente os indispensáveis controles interorgânicos.

um direcionamento mais acurado dos recursos públicos (ordenação de funções)⁶³⁶. No Estado democrático de Direito, o funcionamento das instituições não deve depender apenas da presunção de honestidade das pessoas que ocupam as funções públicas; é necessário assegurar, mediante procedimentos de prestação de contas e de acompanhamento de atividades que haverá efetivamente lisura na atuação pública, pois há a possibilidade de pessoas não portadoras dos mais elevados níveis de padrões éticos virem eventualmente ocupar uma determinada função pública, e, portanto, deve-se estar preparado para lidar com tais situações, decorrentes da falibilidade intrínseca do ser humano. O Estado democrático de Direito não confia cegamente nas pessoas que ocupam as funções públicas, ele confia nas instituições e nos mecanismos interinstitucionais de controle do exercício do poder.

A institucionalização de órgãos de fiscalização e controles recíprocos constitui uma forma de institucionalização do conflito no seio do próprio Estado, já que necessariamente a atividade de fiscalização trará discordâncias sobre pontos específicos, que por sua vez levarão a se adotar medidas contraditórias entre o órgão controlado e o controlador. Nessa perspectiva, o conflito é visto como algo benéfico para o amadurecimento das instituições estatais, já que gera uma pressão natural para a adesão ao modelo legal.

A Constituição brasileira prevê diversas modalidades de controle interinstitucional. Nas palavras de Meirelles, controle “[...] é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”⁶³⁷. São exemplos de atos de controle externo previstos pela Constituição a possibilidade de o Congresso Nacional sustar os atos normativos do Executivo que ultrapassem o poder regulamentar (CRFB/1988, art. 49, V), a anulação de um ato do Executivo por decisão judicial, o julgamento anual pelo Congresso Nacional das contas prestadas pelo Presidente da República e a apreciação dos relatórios por ele apresentados quanto à execução dos planos de governo (CF, art. 49, IX), as auditorias realizadas pelos Tribunais de Contas sobre as despesas realizadas pelo Executivo *etc.*

Em verdade, a Constituição brasileira usa a expressão controle externo basicamente em duas situações: para referir-se à atividade de fiscalização exercida pelo

⁶³⁶ Segundo Benda, 2001:504, “A imbricação de vários órgãos, o controle recíproco e a possibilidade de posterior correção – ou seja, de alterar as linhas separatórias – pode ajudar a elevar a qualidade das prestações”.

⁶³⁷ H.L. Meirelles, 2003:562.

legislativo (com auxílio dos Tribunais de Contas) sobre a atividade do Executivo, e para referir-se à atividade de fiscalização que o Ministério Público exerce sobre a atividade policial. Assim, o art. 31 estabelece que a fiscalização dos Municípios será realizada pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, mediante auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou do Município, o art. 70 estabelece que o Congresso Nacional realizará a atividade de fiscalização da União, mediante controle externo, bem como haverá controle interno em cada Poder, estabelecendo ainda o art. 71 que essa atividade de controle externo do Congresso Nacional será realizada com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Há, sem dúvidas, um paralelismo entre as atividades de controle externo realizadas pelos Tribunais de Contas e o controle externo feito pelo Ministério Público sobre a atividade policial, já que a Constituição decidiu usar a mesma expressão para referir-se a essas situações, ainda que ambos tenham suas especificidades.

Os Tribunais de Contas, órgãos de auxílio ao Poder Legislativo, possuem notável independência e atuam como órgão de controle externo das atividades da Administração Pública (CRFB/1988, art. 71, para o Tribunal de Contas da União). Essa atividade de controle externo exercida pelos tribunais de contas está ligada ao julgamento das contas apresentadas pelo executivo (art. 71, I), a uma fiscalização constante da legalidade das atividades da Administração Pública (art. 71, II, III, V e VI), uma atividade própria de investigação sobre a atividade da Administração Pública (IV), a prestação de informações sobre o exercício de sua atividade de fiscalização (VII), aplicação de sanções administrativas (VIII), assinalar prazos para correção de ilegalidades (IX), sustar atos ilegais e representar ao poder (X) e representar a outros Poderes sobre as irregularidades ou abusos praticados (XI).

Nessa perspectiva, a atividade de controle externo exercida pelo Tribunal de Contas da União abrange a função de fiscalização constante, de obrigação de submissão do trabalho do órgão controlado ao crivo do órgão controlador, a possibilidade de condução de atividades autônomas de investigação para esclarecer os defeitos do órgão controlado, expedição de ordens para readequação da atividade ao paradigma da legalidade e aplicação de sanções ao órgão controlado.

Há mais dois órgãos constitucionais de exercício de “controle”, ainda que não se utilize expressamente a expressão “controle externo”: são o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ambos criados pela EC n. 45/2004.

Não se trata propriamente de controle externo já que o CNJ integra a estrutura do Poder Judiciário (CRFB/1988, art. 92, I-A) e o CNMP, apesar de não haver dispositivo expresso indicando que pertença à “estrutura do Ministério Público”, sua posição constitucional permite idêntica conclusão. Apesar de integrar o Poder Judiciário, o CNJ é composto majoritariamente por membros originários do Judiciário, mas com uma minoria de integrantes de outras instituições (dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos, indicados um pelo Senado Federal e outro pela Câmara dos Deputados, cf. art. 103-B da CRFB/1988, art. 103-B). Da mesma forma o CNMP é composto majoritariamente por membros do Ministério Público, mas há elementos externos (dois juízes, dois advogados e dois cidadãos). Tal composição de elementos externos confere uma “oxigenação democrática” ao CNJ e ao CNMP, pois tais integrantes aproximam a estrutura de tais órgãos da lógica do controle externo. Entre as atribuições do CNJ estão o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, abrangendo um poder regulamentar no âmbito dessa competência, poder de expedição de recomendações, fiscalização da legalidade dos atos administrativos do Poder Judiciário, possibilidade de receber reclamações contra magistrados e avocar processos disciplinares em curso, podendo impor punições administrativas, representar ao Ministério Público no caso de apuração de crime, rever processos disciplinares já concluídos contra magistrados e um dever de elaborar relatórios sobre a situação do Poder Judiciário (cf. CRFB/1988, art. 103-B, § 4º). Em sentido semelhante ao do CNMP, ver o art. 130-A, § 2º, da CRFB/1988. Veja-se que a atividade de fiscalização, de expedição de recomendações com caráter normativo, de investigação autônoma dos desvios dos juízes e também de imposição de penalidades administrativas está na essência da atividade de controle exercida pelo CNJ e CNMP e pode-se dizer que é da essência de qualquer atividade de controle externo. Tais instituições são um elemento essencial do Estado de Direito, enquanto forma de se institucionalizar uma fiscalização de certa forma externa ao natural corporativismo das Corregedorias locais e assegurar a lisura da atuação dos agentes políticos que integram o Poder Judiciário e o Ministério Público. Na celebre expressão do Min. Gilmar Mendes, ao julgar ADI que questionava os poderes de investigação autônoma do CNJ: “até as pedras sabem que as corregedorias não funcionam quando se trata de investigar os próprios pares”⁶³⁸.

⁶³⁸ STF, Pleno, ADI 4638/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 8 fev. 2012.

Enquanto a Constituição já deu as diretrizes concretas de como seria realizado o controle externo pelo TCU, e a atividade de controle do CNJ e CNMP, a previsão do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público foi estabelecida como norma de eficácia contida, dependente de regulamentação por lei complementar (CRFB/1988, art. 129, VII). Todavia, a ideia central de que deve haver um controle externo da Polícia pelo Ministério Público não pode ser totalmente anulada, pois o próprio conceito de controle externo possui um referencial no texto constitucional, portanto, um sentido mínimo não aniquilável. Comparando-se essa atividade de controle externo realizada pelo TCU sobre o poder executivo e as atividades de controle do CNJ sobre o Poder Judiciário e do CNMP sobre o Ministério Público, conforme já regulamentadas pela própria CRFB/1988, e a de controle externo do Ministério Público sobre a atividade policial, conforme regulamentada pela LC n. 75/1993, verifica-se que entre as diversas atividades comuns, apenas a função de aplicação de sanções ao órgão controlado não foi expressamente prevista ao Ministério Público em relação à Polícia⁶³⁹. Assim, da mesma forma que o TCU, CNJ e CNMP, o Ministério Público possui o poder de apreciar periodicamente o trabalho da atividade policial (e, portanto, a garantia de que não haverá atividade policial fora desse quadro de controle externo constante), o poder de expedir requisições obrigatórias para a realização de atividades pela Polícia Investigativa (instauração de IP e realização de diligências investigativas), poder de expedir recomendações genéricas sobre a atividade policial e o poder de investigar os eventuais desvios realizados no âmbito da atividade policial e, acrescentamos, ainda que não explicitado, um dever de elaborar relatórios periódicos sobre a atuação da Polícia.

Ao lado da atividade de controle externo, há ainda a atividade de controle interno. Dentro de cada Poder, devem-se estabelecer os mecanismos de controle destinados a assegurar a fiscalização constante da atividade pública ao paradigma da legalidade (CRFB/1988, art. 70 e 74). Trata-se de expressão do poder de auto-tutela da Administração Pública sobre suas

⁶³⁹ O que nos leva à conclusão de que seria constitucionalmente admissível que a lei complementar que regulamenta o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público viesse a prever essa possibilidade de o Ministério Público aplicar sanções administrativas a policiais no caso de desobediência a disposições legais relativas ao exercício da atividade policial, assim como ocorre em outros países. A LC n. 75/1993 não previu essa possibilidade, mas ela não é vedada pelo sistema constitucional de controle externo. Ademais, apesar de não haver previsão de aplicação de sanções administrativas, há a possibilidade de promover a responsabilização penal pelo eventual desvio policial, o que, em termos funcionais, aproxima os sistemas de controle externos referidos (considerando a penalização das pequenas infrações policiais administrativas na figura da infração penal de menor potencial ofensivo do abuso de autoridade).

próprias atividades⁶⁴⁰. No âmbito da atividade policial no Brasil, o controle interno é exercido pelas Corregedorias de Polícia.

Essa perspectiva de divisão de instituições para controles recíprocos é plenamente aplicável à lógica do processo penal. Como já se disse, a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição⁶⁴¹, ou ainda o “sismógrafo da Constituição e do Estado”⁶⁴². A necessidade de controlar, fiscalizar, monitorar, acompanhar, exigir a prestação de contas por seus atos, no âmbito da atividade policial é uma exigência direta do Estado de Direito, como um postulado da exigência de instrumentos aptos de fiscalização do exercício do poder, como mecanismo preventivo da ocorrência de desvios e eventualmente repressivo de ilegalidades⁶⁴³.

A existência de um sistema efetivo de fiscalização da atividade policial é essencial para que não ocorra o fenômeno da discricionariedade de fato à margem da lei, ou seja, apesar de a lei não dar margens de atuação discricionária, a não fiscalização do exercício dessa atividade acaba, em termos práticos, por atribuir à Polícia a possibilidade fática de agir de forma discricionária sem ter fatores impeditivos⁶⁴⁴. E essa discricionariedade não controlada acaba sendo uma porta para as arbitrariedades.

O monopólio estatal do uso da força não é absoluto e irrestrito, pois ele também se submete ao direito. Assim, a necessidade de os policiais justificarem *a posteriori* seus atos de uso da força e serem responsabilizados pelos eventuais excessos, é uma exigência direta do Estado de Direito⁶⁴⁵.

Essa atividade de prestação de contas de seus atos possui duas perspectivas distintas: é possível a prestação de contas da atividade policial em seu conjunto, das políticas de

⁶⁴⁰ Di Pietro, 2001:588.

⁶⁴¹ Goldschmidt, 1935:67.

⁶⁴² Roxin, 2000:10.

⁶⁴³ Ressaltando a necessidade de controle posterior dos atos de polícia como um princípio inerente à atividade policial: M.M. Ferreira, 1996:4. Indicando a predisposição da Polícia em prestar contas de suas atividades ao público e reagir em consideração às demandas públicas como um elemento necessário da democracia: Walker, 2001:68.

⁶⁴⁴ Discorrendo sobre as possibilidades concretas de a Polícia agir à margem da lei como uma realidade corrente: J.F. Dias e Andrade, 1997:443:447. Distinguindo uma discricionariedade sociológica da discricionariedade jurídica: Raposo, 2006a:8.

⁶⁴⁵ Mouhanna, 2007:144.

segurança pública e da eficiência de sua atuação aos diversos participantes de debate democrático para uma gestão democrática da atividade policial. Chamaremos essa perspectiva de *accountability* institucional (ou democrática). Há outra perspectiva, de prestação de contas em relação a cada diligência policial específica, dos mecanismos de controle de eventual desvio, de constante fomento à adesão ao paradigma de legalidade⁶⁴⁶. Chamaremos essa perspectiva de *accountability* individual. Vejamos.

2.4.1.2 Polícia e *accountability* institucional

Em países de tradição anglo-saxônica há uma forte tendência de criação de mecanismos de prestação de contas perante as comunidades locais, portanto com forças policiais locais e instituições de fiscalização também locais. Tais processos de prestação de contas no âmbito da atividade policial são denominados de *accountability* policial.

A expressão *accountability* é uma expressão polissêmica na língua inglesa, significando uma predisposição em responder aos questionamentos externos, em prestar contas daquilo que foi feito, um Estado de administração eficiente, a submissão a leis externas, bem como a responsabilização pelos eventuais desvios⁶⁴⁷. Ela está ligada ao fato de que a sociedade

⁶⁴⁶ Indicando uma divisão semelhante entre as formas de *accountability*, v. Reiner, 2004:242.

⁶⁴⁷ Jones, 2008:694; Ransley *et al.*, 2007:145; Bayley, 2001; Bittner, 2003:330; Carrabine, 2009:348 *et seq.* Conferir o conceito de Walker, 2001:7: “Em teoria, a polícia, numa sociedade democrática, deve prestar contas (*be accountable*) ao público e ao direito. Por um lado, os policiais devem estar predispostos a prestarem contas às pessoas quem servem e aos dirigentes eleitos que são responsáveis pelas agências de aplicação da lei. Ao mesmo tempo, a Polícia deve prestar contas à luz do direito, e de forma especial suas ações devem estar conformadas ao padrão do devido processo legal e da igual proteção de direitos. Um dos problemas centrais da atividade policial é que os dois aspectos da *accountability* estão constantemente em conflito um com o outro. O público exige um controle efetivo do crime, mas algumas medidas que eles exigem da Polícia – limpar a rua dos suspeitos – entra em conflito com os princípios estabelecidos por nosso sistema legal. A questão central é como alcançar um equilíbrio adequado entre as duas dimensões da *accountability*: servir ao público enquanto se respeitam os direitos dos cidadãos”. Lasso, 2001:225, afirma que “A necessidade de a Polícia responder às necessidades da coletividade e de ser responsável perante esta, constitui um princípio essencial para o comando e direção das organizações de polícia, o qual decorre da Resolução 34/169 da Assembleia Geral [da ONU], através da qual foi adotado o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei”. Muniz e Proença Jr., 2007b:24, propõem uma lista de possíveis traduções da expressão *accountability*, sempre condicionadas pelos processos históricos, culturais, sociais e políticos de uma determinada comunidade local: “Ser obrigado a”, “prestar contas”, “dar satisfação”, “responder por”, “explicar, esclarecer, justificar”, “obter a aprovação”, “identificar responsáveis”, “controlar, monitorar, aditar”, “supervisionar, gerir, administrar”, “avaliar e diagnosticar”, “premiar e punir”, “corrigir e aperfeiçoar”, “tornar público”, ou “dar a conhecer ou divulgar”; mas ainda assim concluem que “traduzir é trair” (*traduttore traditore*). Monet, 2006:299, afirma que controle da Polícia pode referir-se tanto à “pilotagem” (direcionamento) da atividade policial, quanto à investigação dos desvios, mas conclui que “a expressão ‘controle da polícia’ é cada vez mais frequentemente utilizada hoje enquanto sinônimo de mecanismos

concedeu ao Estado, na pessoa dos agentes policiais, uma gama variada de poderes de abordar pessoas, usar a força para executar suas diligências e até prender pessoas, mas a Polícia deve prestar conta do exercício concreto desses poderes, que hã de ser exercidos nos limites da autorização legal⁶⁴⁸. Autoridade e responsabilidade são duas faces da mesma moeda.

A *accountability* se expressa numa predisposição em ser transparente e prestar contas de seus atos, e ser chamado a responsabilizar-se pelas escolhas. Também está ligado a uma abertura democrática para a participação popular na construção das políticas pública. Esse princípio já estava esboçado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 15: “A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”. Especificamente sobre a atividade policial, vários diplomas têm reconhecido o dever de transparência na atuação policial⁶⁴⁹.

Apesar de a expressão ser cunhada no sistema anglo-saxão, a principiologia subjacente ao conceito também está presente nos sistemas europeus continentais e, por consequencia, também no Brasil. O dever de transparência pode ser reconhecido de um conjunto de disposições constitucionais brasileiras. De forma primária, é uma decorrência do Estado de Direito, previsto no art. 1º, *caput*, da CRFB/1988, enquanto estado de vedação de arbitrariedades, que exige a responsabilização dos agentes públicos pelos eventuais excessos. No âmbito das relações particulares está expresso na vedação de anonimato (art. 5º, IV) e nas relações públicas está expresso do dever de publicidade inerente às atividades da administração pública (art. 37, *caput*) e no direito dos cidadãos de receberem informações a seu respeito relativas às atividades dos órgãos públicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII). No âmbito processual, está expresso na regra geral de publicidade, apenas restringível quando houver necessidade de proteção da intimidade ou o interesse social (art. 5º, LX). Especificamente no âmbito da atividade policial, há o direito do preso de identificar os responsáveis por sua prisão e por seu interrogatório (art. 5º, LXIV); por trás dessas regras há um princípio maior que é o dever de transparência na atividade policial. De forma mais ampla, a

que asseguram uma certa transparência ao funcionamento policial.” Sobre a relevância da gestão democrática das políticas policiais, v. Bertaccini, 2009:404 *et seq.*

⁶⁴⁸ Ransley *et al.*, 2007:144.

⁶⁴⁹ Ver, por exemplo, o art. 7.3 do Código Deontológico do Serviço Policial de Portugal (Diário da República, n. 50, Série I-B, 28 fev. 2002).

principal fundamentação jurídica para a *accountability* está no princípio da transparência, da publicidade, e nos paradigmas da democracia e do Estado de Direito.

Esse dever de transparência está especialmente expresso na Lei n. 12.527/2011⁶⁵⁰, que estabelece nos incisos de seu art. 3º que o direito de acesso a informações de órgãos públicos deve ser exercido em consideração das seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Portanto, ser *accountable* não é apenas um valor político recomendável, é um postulado jurídico cogente e exigível no Brasil. Ainda que não haja uma única forma de manifestação concreta da *accountability* policial (há várias formas possíveis de ser *accountable*), o fato é que, no paradigma constitucional brasileiro, deve haver *accountability* na atividade policial (transparência da atuação policial, obrigação de abrir um canal para questionamentos e de dar resposta aos mesmos, dever de fomentar a participação popular na governança policial, dever de responsabilizar de forma eficiente os eventuais desvios policiais).

Em regimes autoritários, a atividade policial deve prestar contas de seus atos basicamente aos detentores do poder. Ao contrário, em regimes democráticos, a prestação de contas deve ser realizada à luz da legalidade e em relação às metas democraticamente construídas (portanto também uma prestação de contas à comunidade política, especialmente aquela que sente de forma mais tangível os efeitos da ausência da segurança pública ou da eventual opressão pelas agências policiais). Ou seja, deve-se avaliar não apenas se foram atingidas metas de eficiência estabelecidas pelos governantes, mas acima de tudo o respeito aos meios utilizados para se atingir essas metas, nos limites da previsão legal de atuação e com procedimentos que

⁶⁵⁰ Publicada no DOU de 18 nov. 2011, e com vigência a partir de 18 maio 2012. Reconhecendo a aplicabilidade desta lei à atividade policial: R. Greco, 2012:191.

asseguem adesão da faticidade à validade. Nas democracias, a atividade policial não é auto-referencial, mas está subordinada aos valores democráticos, à gestão democrática das políticas públicas⁶⁵¹. Assim, a *accountability* é um instrumento de adesão das práticas policiais às decisões políticas, dentro do paradigma democrático.

Como já sinalizado anteriormente, o paradigma do Estado de Direito exige necessariamente a democracia como elemento de legitimação. Por um lado, o legislador democrático não deveria se desincumbir de seu dever de regulamentar quando for possível. Mas quando tal não for possível, a delegação à Administração do poder regulamentar para concretizar as políticas sociais (entre as quais as políticas de segurança pública) deve ter uma compensação de legitimidade discursiva. Sobre o tema, afirma Habermas⁶⁵²:

O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas.

Ainda segundo Habermas, tais filtros de legitimação democrática na construção da regulamentação administrativa de direitos sociais devem ser institucionalizados mediante instâncias de participação decisória de envolvidos, por um *ombudsman*, de processos análogos ao de tribunais, prestações de contas, e outros arranjos⁶⁵³. E, acima de tudo, pela abertura ao debate de tais temas reguladores pela sociedade civil e pela esfera pública política. A institucionalização de canais de *accountability* corresponde à procedimentalização discursiva do direito proposta por Habermas, a qual deve produzir a⁶⁵⁴:

[...] institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis.

⁶⁵¹ Sobre a governança policial e sua relação com a democracia, ver Lustgarten, 1986. Sobre a relevância da implementação de mecanismos de *accountability* policial para a própria democratização do Estado, ver Bayley, 2001. Sobre o dever de todo agente público prestar contas de seus atos, ver Gasparini, 2009:154.

⁶⁵² Habermas, 1997(v. 2):183.

⁶⁵³ Habermas, 1997(v. 2):184.

⁶⁵⁴ Habermas, 1997(v. 1):213.

Na mesma linha, Hassemer fala de uma “capacidade de comunicação” essencial à Polícia moderna⁶⁵⁵. O exercício da atividade policial é um mandato que lhe é conferido pela sociedade, através do Direito, com a autorização para usar da coerção contra integrantes da própria sociedade, com a finalidade de manter a ordem pública⁶⁵⁶. O elemento central da legitimidade da autoridade policial é sua legalidade. Todo mandato traz consigo a concessão de poderes da parte de quem os concede e a assunção de responsabilidades da parte de quem os recebe. Assim, “ser *accountable* é ser responsável pela obrigação de atender a essas obrigações intrínsecas a qualquer mandato”⁶⁵⁷. Independentemente de a Polícia aceitar ou não tal obrigação, ela existe e deriva da própria essência da democracia e do Estado de Direito. Para tanto, está implícito nesse mandato que todas as ações do mandatário podem ser questionadas, e devem haver instrumentos para se identificar o responsável por determinada ação, e para atribuir-lhe responsabilidade pelos eventuais equívocos ou desvios. Por outro lado, ainda que legítima a ação policial, há a obrigação de responder aos questionamentos e de demonstrar que a ação foi legítima. Se determinada atividade do mandatário gera a potencialidade de formulação de questionamentos de prestação de contas, é uma obrigação sua construir mecanismos institucionais de adiantar-se aos questionamentos e já apresentar as justificativas de sua ação, como forma de racionalidade do processo de prestação de contas. Nessa perspectiva, a prestação de contas é uma forma de o mandatário demonstrar que permanece íntegro para continuar a exercer o mandato recebido, reforçando no público a credibilidade sobre a legitimidade de sua atuação e induzindo, portanto, a uma maior aceitação social de suas futuras intervenções⁶⁵⁸. *Accountability* está ligada à perspectiva de uma atuação profissional da Polícia, portanto não arbitrária, sendo um mecanismo para a constante adesão da Polícia à legalidade⁶⁵⁹. Essa

⁶⁵⁵ Hassemer, 1999:286.

⁶⁵⁶ A ideia da atuação policial como exercício de um mandato público tem especial defensor em Bittner, 2003:221, e pode ser reconduzido à ideia mais geral de que toda autoridade pública é concedida pelo poder soberano, que emana do povo (no Brasil, cf. CRFB/1988, art. 1º, parágrafo único). Apesar desse mandato policial (em sentido político), atribui-se à instituição policial competências jurídicas próprias exercer suas atividades.

⁶⁵⁷ Muniz e Proença Jr., 2007b:26.

⁶⁵⁸ Muniz e Proença Jr., 2007a:243. A prestação de contas pela Polícia de suas ações também serve para proteger a própria Polícia contra críticas infundadas, demonstrando-se que sua ação foi legítima e reforçando a credibilidade de suas ações: Reno, 2001:7.

⁶⁵⁹ E.P. Mendes, 1999.

confiança da população da atividade policial está subjacente a toda a ideologia do conceito contemporâneo de “policiamento comunitário”⁶⁶⁰.

A *accountability* institucional possui dois aspectos: sobre o que haverá *accountability* e quem será o destinatário dessa *accountability*. A *accountability* organizacional é um meio para a administração da atividade policial (*police governance*, ou como atualmente se fala, em governança policial) ou, de forma mais ampla, para a administração do problema da segurança pública (*security governance*⁶⁶¹). Portanto está ligada ao controle mais genérico sobre a instituição policial, como ela aloca seus recursos humanos e materiais, quais equipamentos está utilizando ou deixando de utilizar, quais treinamentos está adotando, qual acervo procedimental ela tem à sua disposição, suas técnicas de intervenção, suas políticas de alocação de verbas, recursos humanos, estabelecimento de prioridade, como estrutura a forma de mobilização de seu efetivo (turnos de trabalho), as diretrizes organizacionais emitidas, como estabelece suas prioridades de atuação, envolve a apreciação crítica da qualidade da prestação do serviço público de segurança e o diagnóstico de suas eventuais falhas sistêmicas, e de forma mais ampla, como é construída a política de segurança pública relacionada à atividade policial⁶⁶². O estabelecimento de tais diretrizes não é um saber meramente tático-operacional (apolítico), mas englobam definições de política criminal, que por definição não estão isoladas na própria estrutura policial, mas dependem de uma construção democrática⁶⁶³. Obviamente, a governança da atividade policial não pode se perder na irracionalidade de querer controlar tudo, mas deve-se eleger os pontos relevante sobre os quais deve haver prestação de contas pela Polícia e controle pelos

⁶⁶⁰ Walker, 2001:91. Bertaccini, 2009, reconhece a existência de quatro variantes contemporâneas de influxos ideológicos sobre as reformas no relacionamento da Polícia com a população: o *professional policing*, o *community-oriented policing*, *problem-solving policing*, *Law and ordem* ou *zero tolerance policing*, e a *police de proximité*. Todavia, o policiamento comunitário não é imune a críticas, como conclui o próprio Bertaccini, 2009:218: “Como efeito da inadequação ou da ausência de adaptação da gestão organizativa, q perspectiva de policiamento comunitário pode enfraquecer tanto a supervisão dos dirigentes quanto o profissionalismo dos policiais. Numa organização da polícia guiada à estratégia comunitária, o sistema de gestão é realizado por objetivos, com mais discricionariedade para os operadores de base, menores controles dos quadros superiores e menores garantias de profissionalismo dos serviços implementados”.

⁶⁶¹ Loader e Walker, 2007:195. Genericamente sobre a governança policial, ver Proença Jr. *et al.*, 2009.

⁶⁶² Na doutrina anglo-saxônica, esse aspecto específico da *accountability* é definido como a *responsiveness* (Jones, 2008:696), que traduziríamos como uma predisposição em dar respostas com naturalidade quando houver um questionamento de sua atividade, uma obrigação de levar em consideração os pontos de vistas dos intervenientes no processo de construção democrático das políticas de segurança pública.

⁶⁶³ Argumentando a impossibilidade de a Polícia gerir sozinha as demandas de segurança pública, o que envolve a necessidade de envolvimento democrático na construção das políticas de segurança, ver R. Andrade, 2007.

diversos possíveis intervenientes. Nessa perspectiva, a transparência institucional é também uma vedação de insulação das instituições policiais (tecnocracia).

Quanto aos destinatários, o controle organizacional da atividade policial está dividido em múltiplas interrelações, com níveis diversos de possível controle: político, jurídico e social⁶⁶⁴. Num primeiro nível, há o controle político. Ele pode ser dividido em legislativo e executivo.

O primeiro passo para a fiscalização da execução da lei é dado já no âmbito geral e abstrato da lei, como já referido anteriormente. Sem uma regulamentação minuciosa da atividade executiva, não há parâmetros concretos para fiscalizar, ficando a disciplina relegada aos *standards* principialistas que, apesar de relevantes, nem sempre proporcionam a necessária segurança jurídica diante de uma situação concreta. Para se fiscalizar de forma efetiva é necessário ter uma pauta clara entre o adequado e o desviante e, nessa medida, a atividade legislativa exerce um relevante controle da atividade policial. O legislativo também colabora no controle da atividade policial com a aprovação do orçamento da instituição policial, bem como na exigência de lei para regulamentação da estrutura policial⁶⁶⁵. Ademais, no caso de desvios policiais específicos, é admissível uma investigação através de uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI⁶⁶⁶.

Na esfera executiva, num nível mais direto há o controle político direto pelo Governador. Sendo o Governador eleito democraticamente, pressupõe-se que o mesmo irá apresentar ao eleitorado um programa de segurança pública, uma política criminal a ser implementada pelos órgãos policiais (mediante a escolha dos dirigentes das instituições policiais e ao “ditar o tom” da intervenção policial), e que ao término de seu mandato irá prestar contas à coletividade de seu trabalho, portanto, esse representante eleito possui um poder político de direcionar a atuação popular (supostamente) segundo as aspirações democráticas. Todavia, a experiência demonstra que muitas vezes os impulsos populistas que impulsionam tais ações

⁶⁶⁴ Sobre os diversos intervenientes no processo de controle da Polícia, ver Bayley, 2006:179; Monet, 2006:299-310; R.R.C. Guimarães, 2008:28-34; Santin, 2007:73-78. Sobre o controle social da Polícia na América Latina, ver Caruso *et al.*, 2007:401-530.

⁶⁶⁵ Sobre a reserva legal para disciplina da organização e funcionamento da Polícia, nos termos do art. 144, § 7º, da CRFB/1988, ver comentários acima na seção 2.3.3.

⁶⁶⁶ Destacando a relevância da CPI do Narcotráfico de 1999/2000 como um instrumento de denúncia do envolvimento de policiais no tráfico de drogas, ver R.R.C. Guimarães, 2008:31.

políticas movem-se normalmente em direção ao recrudescimento da atuação policial em nome de uma suposta “tolerância zero” contra o crime, acompanhada de ações de violações de direitos humanos em áreas degradadas em nome da suposta eficiência policial⁶⁶⁷. Normalmente, as campanhas políticas são superficiais no tema da segurança pública, com metas genéricas sem métodos concretos⁶⁶⁸. E, muitas vezes, as indicações para ocupar os cargos de cúpula da instituição não são feitas estritamente com fundamento em critérios de competência, mas de proximidade com os detentores do poder, favorecendo eventualmente relações espúrias de promiscuidade entre a Polícia e segmentos da elite⁶⁶⁹. Também há um controle político de nível indireto, mediante a participação do Governo Federal na indução de políticas de segurança pública, a partir do repasse de verbas aos governos estaduais mediante a adesão a metas estipuladas em nível federal, especialmente no âmbito do Pronasci/Senasp/MJ⁶⁷⁰.

Além do controle político, o Estado de Direito exige que haja um controle jurídico exercido por uma agência independente e subordinada à lei. No Brasil, esse papel é exercido pelo Ministério Público, enquanto órgão constitucional de exercício do controle externo da atividade policial (CRFB/1988, art. 129, VII) e, de forma mais ampla, de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CRFB/1988, art. 127, *caput*). O Poder Judiciário também colabora com o controle da atividade policial, tanto admitindo a ação penal nos casos de crimes praticados por policiais, em ações de improbidade administrativa ou ações de indenização contra o Estado por desvios policiais, bem como, de forma difusa nos processos criminais, não cancelando as provas decorrentes de ações policiais abusivas. O Código de conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da Lei, na ONU, em seu preâmbulo, prevê expressamente a necessidade de existência de controle externo pelos órgãos de justiça. Conferir⁶⁷¹:

[...] os atos dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem estar sujeitos ao escrutínio público, exercido por uma comissão de controle, um

⁶⁶⁷ Indicando tais falhas do controle político sobre a atividade policial, ver Walker, 2001:9. Relacionando como a “gratificação por bravura” acabou incentivando um crescimento do número de mortes de civis praticadas por policiais no Brasil, ver Cavallaro, 1997.

⁶⁶⁸ Proença Jr. *et al.*, 2009:44.

⁶⁶⁹ R.R.C. Guimarães, 2008:31.

⁶⁷⁰ Ver: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ3444D074ITEMID2C7FC5BAF0D5431AA66A136E434AF6BCPTBRNN.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

Sobre o efeito indutor da SENASP de políticas de segurança pública, ver Custódio, 2007.

⁶⁷¹ Sobre a exigência de controle externo da atividade policial por tratados internacionais, ver Lasso, 2001:234 *et seq.*

ministério, um procurador-geral, pela magistratura, por um provedor, uma comissão de cidadãos, ou por vários destes órgãos, ou ainda por um outro organismo de controle.

Além do Ministério Público, vários estados tem organizado suas Ouvidorias de Polícia, como um órgão adicional de controle da atividade policial. Todavia, tais órgãos tem uma eficiência muito limitada, já que não possuem poderes de investigação independente do desvio policial, limitando-se a receber as reclamações repassá-las à Corregedoria e, quando muito, fiscalizar genericamente a forma de condução das investigações pela Corregedoria de Polícia e dar uma resposta ao cidadão reclamante. A criação dessas instituições é fomentada pelo MJ no âmbito tanto do Programa Nacional de Direitos Humanos e do Programa Nacional de Segurança Pública. Tais programas têm como objetivos⁶⁷²:

Aumento da credibilidade das Ouvidorias autônomas e independentes, para legitimar a adoção deste modelo de controle externo das Polícias.

Capacitação do Ouvidor de Polícia e equipe técnica da Ouvidoria, para melhorar a eficácia de sua atividade de controle externo das Polícias.

Elaboração de proposta de projeto de lei federal para aprovação de estatuto jurídico para as Ouvidorias de Polícia.

Criação de um banco de dados nacional e um sistema de informatização para as Ouvidorias de Polícia.

Em vários países, essas atividades de controle externo da atividade policial são exercidas por agências externas à Polícia e independentes do Sistema de Justiça Criminal, portanto com atribuições para investigar tanto os crimes quanto as infrações disciplinares. É o caso, por exemplo das seguintes instituições: IPCC na Inglaterra, OPC em Washington/DC, CCRB em Nova Iorque, IGAI em Portugal, CNDS na França⁶⁷³.

Há ainda o controle social da Polícia. Há uma fiscalização local, através de associações de moradores, associações de comerciantes, Organizações Não-Governamentais (ONG's) ou ainda através dos conselhos comunitários de segurança⁶⁷⁴. Também há instituições

⁶⁷² Informações disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/ouvidoria/ouvidoria.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2011. Quanto ao exercício concreto da atividade de controle externo da atividade policial pelas Corregedorias de Polícia, ver: Lemgruber *et al.*, 2003.

⁶⁷³ Conferir: <<http://www.ipcc.gov.uk/>>; <<http://policecomplaints.dc.gov/>>; <<http://www.nyc.gov/html/ccrb/>>; <<http://www.igai.pt/>>; <<http://www.cnds.fr/>>. Ver comentários adiante, na seção 5.2.

⁶⁷⁴ Sobre tais conselhos ver Suxberger, 2010:214. Indicando experiências semelhantes de articulação entre Ministério Público, Polícia e comunidade, na Itália v. Vogliotti, 2011:58, na Inglaterra v. J. Jackson, 2011:155. Destacando

de nível internacional que colaboram com a fiscalização da atividade policial, tanto de direito privado, como a Transparência Internacional e o *Human Rights Watch*, como de direito público, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos ou o Comissário Especial das Nações Unidas para Direitos Humanos⁶⁷⁵. Obviamente, a cooperação comunitária é essencial na atividade policial, mas tal cooperação existe apenas quando há confiança e aceitação da legitimidade da intervenção policial, e isso está intimamente ligado com os mecanismos de *accountability* da atividade policial perante a comunidade local. Se a sociedade concedeu um mandato à Polícia para exercer a atividade de segurança pública, então a Polícia deve prestar contas do exercício concreto desse mandato à sociedade que o concedeu.

Há ainda a abertura policial para o diálogo com as instituições universitárias e com os pesquisadores acadêmicos (que poderíamos chamar de controle acadêmico). Nessa perspectiva, a *accountability* envolve uma predisposição da Polícia em abrir-se ao diálogo, de forma que uma ação comunicativa permita a aproximação da racionalidade policial de outros vetores relevantes no âmbito de sua atividade, compreendendo, v.g., as preocupações de “psiquiatras, juízes, educadores, ativistas de direitos civis, assistentes sociais”⁶⁷⁶. Isso não significa passar a agir como um deles, mas levar em considerações suas perspectivas para definir seu próprio papel enquanto agente legítimo de controle social. Finalmente, há ainda o controle social da Polícia realizado pela mídia, tanto expondo fenômenos criminosos e cobrando ações eficientes da Polícia sobre os mesmos, como ainda eventualmente denunciando os possíveis abusos e arbitrariedades da Polícia⁶⁷⁷.

sua relevância para a legitimidade da atividade policial à luz da teoria do discurso, ver G.A.P. Castro, 2008. Vale lembrar que a Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), prevê em seu art. 80 os Conselhos Comunitários para a fiscalização dos direitos dos presos. Sobre estruturas semelhantes de controle comunitário da Polícia na Inglaterra e País de Gales, ver Jones, 2008:698 *et seq.* Sobre a fiscalização de grupos comunitários sobre o desvio policial, v. Prenzler, 2009:49. Sobre a *civilian oversight of Law enforcement* nos EUA, ver Walker, 2001 e genericamente sobre o tema no mundo, ver Goldsmith e Lewis, 2000; Born e Fernhout, 2008; UNODC, 2011:101-110.

⁶⁷⁵ Sobre a *accountability* internacional, ver Chevigny, 1999:78; Lasso, 2001:238-239.

⁶⁷⁶ Bittner, 2003:291. Indicando que o trabalho policial tem especificidades que o diferenciam substancialmente dessas outras áreas (especialmente marcado pela possibilidade de recorrer à coerção), ver Bittner, 2003:236. Indicando a relevância dessas parcerias, com cursos especificamente orientados para o público policial, para a alteração da cultura policial no Brasil: Saporì, 2007:110-123. Sobre a relevância da abertura da Polícia às pesquisas sociológicas sobre seu padrão de atuação, v. Prenzler, 2009:48.

⁶⁷⁷ Conferir relação de diversos delitos policiais divulgados por investigações realizadas pelos veículos de mídia, referidos no item 1.3.1.2, *supra*. Segundo R.R.C. Guimarães, 2008:30, muitas vezes o controle da mídia acaba gerando um efeito inverso de estimular práticas abusivas de policialização e vigilantismo em nome do sensacionalismo jornalístico (sobre tais áreas de erosão das garantias, ver acima, subseção 1.6.3). Sobre a

A *accountability* perante a comunidade também está ligada à perspectiva da atividade policial como um serviço público, do qual deve-se prestar contas perante o “cliente” do serviço⁶⁷⁸. A necessidade de estabelecer o “controle social” da atividade policial pode ser deduzido do disposto no art. 3º, V, da Lei n. 12.527/2011. Para que haja tal controle social, o pressuposto necessário é que a gestão policial seja transparente, através do estabelecimento das políticas públicas com metas relativamente objetivas, e um efetivo monitoramento transparente de avaliação do alcance de metas. Obviamente, a marketização da atividade policial pode ser eficiente para reduzir alguns gargalos de ineficiência sistêmica, mas também pode produzir outros efeitos maléficos como a própria degeneração da qualidade do relacionamento entre a Polícia e a comunidade, não sendo possível reconduzir toda a atividade policial a medições simplistas de aumento de número de prisões ou de crimes solucionados, em detrimento de outras atividades de solução de problemas mais complexas e também não mensuráveis quantitativamente, ou ainda favorecendo a investigação de crimes mais simples em detrimento dos crimes mais complexos, nos quais é mais difícil demonstrar um resultado “positivo”⁶⁷⁹. A análise de informações estatísticas apresentadas pela Polícia são limitas em vários aspectos para se compreender a complexidade da realização concreta da atividade policial (e alguns problemas de desvios que apenas se manifestam no nível das micro-relações)⁶⁸⁰. Ainda assim, são um elemento importante (não o único) para o exercício do controle social sobre as instituições policiais.

complexidade do discurso midiático sobre a atividade policial, ora denunciando abusos, ora estimulando práticas abusivas (ligadas à manutenção da ordem social dominante que a Polícia sustenta), ver Monet, 2006:301-304. Sobre a colaboração do jornalismo investigativo e os problemas do sensacionalismo, comentando o célebre caso da “Escola Base” de São Paulo, ver Santin, 2007:183-187. Associando a fiscalização da Polícia pela mídia e reconhecendo que em situações de graves violações de direitos humanos um policial pode denunciar os abusos à mídia, ver recomendação da ONU em Lasso, 2001:235. Genericamente sobre o tema, ver Boer e Fernhout, 2008:5; Prenzler, 2009:49.

⁶⁷⁸ Segundo Jones, 2008:707, essa perspectiva de “marketização” da atividade policial no Reino Unido está ligada às seguintes características: perspectivar-se o uso da força como um serviço fornecido (e eventualmente como um custo institucional), objetivos de policiamento estabelecidos nacionalmente, com indicadores de *performance* padronizados, planejamento de custos empresariais para a atividade policial, diminuição de autoridades policiais locais e indicação de membros independentes, patrocínio e cobrança pelos serviços policiais, entrega do controle orçamentário da Polícia para agentes externos.

⁶⁷⁹ Sobre esses problemas da medição da eficiência policial no paradigma da “marketização”, ver Jones, 2008:707-709.

⁶⁸⁰ Destacando esse aspecto: Jones, 2008:716. Sobre a complexidade do estabelecimento de padrões métricos de eficiência da atividade policial, especialmente diante de seu caráter preponderante de juízos de valor e da possibilidade de vieses políticos de mera confirmação da atual política de segurança pública, ver Muniz e Proença Jr., 2007a:273.

Segundo Jones, a *accountability* da atividade policial, sob o paradigma democrático, deve abranger as seguintes características: equidade (distribuição equitativa da atividade policial por áreas e pessoas, sem discriminações); prestação de serviços adequados às necessidades locais, predisposição em responder aos questionamentos dos órgãos de controle externo, distribuição da possibilidade de fiscalização da Polícia a várias instituições, dever de informação ativo da Polícia sobre suas atividades, demissão dos policiais incompetentes e corruptos, reparação dos desvios policiais, abertura da possibilidade de participação para a formação das políticas de segurança pública ao maior número possível de pessoas ou grupos sociais (dentro do paradigma de respeito aos direitos fundamentais)⁶⁸¹.

A *accountability* organizacional está ligada à ideia de que a Polícia não deve se insular sobre si mesma, mas deve necessariamente abrir-se à fiscalização dos diversos intervenientes no processo de construção conjunta das políticas públicas, para uma governança democrática da segurança pública⁶⁸². Em uma democracia, não pode haver monopólio da governança da Polícia. Uma Polícia democrática é uma Polícia que se abre para ouvir as demandas e críticas dos diversos setores com os quais se inter-relaciona. E para que tal governança democrática ocorra, há um pressuposto de gestão transparente da atividade policial como instrumento de *accountability*.

Normalmente as Polícias tendem a ressentir-se dessas cobranças externas que não coincidam com a mera reprodução de seus hábitos e atividades regulares, desculpando-se retoricamente que os esforços para prestar contas de seus atos seriam uma perda de tempo e de recursos humanos que poderiam ser usados para outras áreas sensíveis. Todavia, a *accountability* na atividade policial não constitui um elemento externo de restrições da atividade policial, ao contrário, é um espaço por excelência de vivificação do mandato policial, é “algo intrínseco, vital, multiplicador e essencialmente benéfico para o trabalho policial”⁶⁸³.

⁶⁸¹ Jones, 2008:696. Alguns países “oxigenam” a direção das instituições policiais através de conselhos diretivos com participação de integrantes de diversos segmentos sociais; todavia, no Brasil, a direção da Polícia Civil (ao menos desta) é reservada a delegados de polícia de carreira, conforme determina o art. CRFB/1988, art. 144, § 4º.

⁶⁸² Indicando a tendência especialmente intensa da PC em se insular sobre si mesma na definição de suas prioridades, planejamentos e projetos, e criando uma “elite institucional” arredia à transparência e ao controle: Saporì, 2007:130.

⁶⁸³ Muniz e Proença Jr., 2007b:21 e 52.

2.4.1.3 Accountability individual: o controle interno

Além da perspectiva macro de prestação de contas da instituição como um todo, de suas políticas de segurança pública e da forma de gestão institucional, há outra perspectiva da necessidade de prestação de contas: cada um dos policiais que exercem o poder estatal devem prestar contas concretamente da legalidade de tal uso. Os poderes conferidos à Polícia, no paradigma do Estado de Direito, não são uma carta em branco de poder, mas estão limitados pela legalidade, pelo paradigma de respeito aos direitos fundamentais, e devem estar submetidos a um regime de controle constante. Assim, o paradigma da transparência impõe a estruturação de uma sequência de controles internos, destinados a evitar que não haja “espaços de sombras” para eventuais arbitrariedades.

Podemos identificar diversas espécies de realização da *accountability* individual. Podemos dividi-la em duas espécies, de acordo com o órgão que a realiza: o controle interno (do próprio órgão) ou o controle externo (de uma instituição que não faz parte dos quadros da instituição policial). Dentro do controle interno, podemos identificar três níveis de controles: (a) controle pelos pares; (b) controle pela supervisão direta; (c) controle pelo órgão central de controle interno (Corregedoria). Todos esses mecanismos de controle podem atuar de forma anterior ou posterior à prática de um desvio policial⁶⁸⁴.

O controle pelos pares anterior ocorre através do processo de socialização do policial, pelo qual determinadas perspectivas de atuação policial passam a ser representadas como legítimas e aceitáveis e outras são rotuladas como ilegítimas e inaceitáveis. Essa perspectiva está intimamente ligada com o problema da subcultura policial, já é perfeitamente possível que condutas ilegais seja toleradas (v.g., ilegalidades de eficiência, a pequena corrupção decorrente da recepção de vantagens pessoais ou apropriações pessoais de prerrogativas públicas) ou mesmo que determinadas condutas legais sejam representadas como inaceitáveis e sejam objeto de sanções informais (um policial delatar outro policial, um policial não mentir em juízo para proteger seu colega, um policial procurar o Ministério Público e não sua Corregedoria para delatar um desvio policial, um policial expor publicamente as mazela de sua instituição ou

⁶⁸⁴ Genericamente sobre o controle interno, ver R.R.C. Guimarães, 2008:25-28. Sobre a relevância do controle dos pares e do superior: J.R.D.S. Carvalho, 2005:141-151.

posicionar-se contra determinados privilégios institucionais violadores do interesse público)⁶⁸⁵. Portanto, para que haja um controle interno pelos pares eficiente, é necessário trabalhar-se no âmbito da modificação da subcultura policial, de forma que ela se aproxime do ideal de legalidade (e que a própria legalidade esteja alinhada a um paradigma de legitimidade, que saiba equilibrar contenção de arbitrariedades com eficiência). O conceito de “integridade policial” não é meramente individual, mas coletivo, e está relacionado à visão dos policiais de serem responsáveis pela legalidade das ações uns dos outros e sua predisposição em denunciar o desvio policial⁶⁸⁶. Esse tipo de controle pode ser anterior ao desvio (como uma restrição imanente indicando que determinadas práticas não serão toleradas) ou pode ser posterior, expresso no dever de delação de desvios policiais de seus pares e no dever de testemunhar sobre os mesmos.

O controle interno pela supervisão direta está ligado ao poder de vigilância hierárquico interno. O dever de controle na atividade policial impõe também a estruturação de um sistema de controle interno que assegure que a atividade policial está sob constante monitoramento interno, e que o superior hierárquico do policial deve ter conhecimento das atividades de seus subordinados e também deve responsabilizar-se pelos desvios de seu subordinado, especialmente mediante a obrigação de disciplina dos desvios dos subordinados. Mais que um mero monitoramento, a supervisão deve consistir uma liderança para a integridade⁶⁸⁷.

Obviamente, a manifestação da cultura policial é diferenciada de acordo com a posição do policial dentro da hierarquia institucional, de sorte que a posição de lealdade institucional dos pares é diferenciada da dos supervisores, os quais possuem um dever legal de controle dos eventuais desvios de seus subordinados. Uma atuação eficiente da supervisão direta

⁶⁸⁵ R.R.C. Guimarães, 2008:20, argumenta que enquanto no âmbito do “controle social interno” do Poder Judiciário e do Ministério Público há uma maior tendência de não aceitação dos pequenos desvios (que, quando realizados, são feitos às ocultas para não receberem a sanção informal dos pares), no âmbito policial normalmente há uma maior tendência de tolerância do pequeno desvio, o que acaba por favorecer práticas de corrupção.

⁶⁸⁶ Klockars *et al.*, 2004:4; Bayley, 2006:181-3. Bayley ainda acrescenta (2006:184) que a interação dos policiais com os valores de seu sindicato ou associação de classe podem favorecer padrões de atuação responsável (no sentido de reforçarem a necessidade de uma ética profissional forte para se manter a reputação ilibada de toda a categoria profissional) ou estarem simplesmente preocupados com a defesa corporativa dos colegas de profissão (especialmente para se diminuir o controle organizacional e opor-se às punições disciplinares), ou seja, se representam a disciplina como uma fonte de orgulho ou como uma ameaça. Essa última perspectiva parece ser a mais usual no Brasil (v.g., sobre a resistência da Polícia Civil ao controle externo do Ministério Público, ver B.A. Machado, 2011). Ainda sobre a conotação política dos sindicatos policiais na Europa, ver Monet, 2006:148-151.

⁶⁸⁷ Prenzler, 2009:175-188; Kappeler *et al.*, 1998:222.

é extremamente relevante para o controle dos desvios na instituição. Quando o supervisor estabelece metas a serem cumpridas e fecha os olhos para as eventuais ilegalidades, cria-se uma pressão institucional para o desvio policial. O controle de supervisão direta pode ser anterior, mediante o estabelecimento de pautas de condutas (ou da reiteração de pautas estabelecidas em níveis superiores), mediante o condicionamento da relação de determinadas diligências policiais à prévia autorização pelo supervisor, pode ser concomitante, no caso de acompanhamento pessoal de alguma diligência, pelo monitoramento via rádio, por monitoramento via GPS da localização das viaturas, ou seja, mediante o controle da realização de cada uma das diligências (controle do local, momento e objeto de cada uma das diligências), ou ainda pode ser posterior, mediante o recebimento continuado de relatórios das diligências policiais e sua efetiva avaliação de legalidade e eficiência, acompanhado do dever de relatar ao órgão superior de controle interno os eventuais desvios verificados. Quando o supervisor direto deixa claro que não tolerará possíveis desvios e tomará medidas enérgicas para levar tais desvios ao conhecimento da Corregedoria, cria-se um ambiente propício para evitar-se o desvio policial. Ao contrário, quando não há qualquer controle imediato sobre a atuação policial, surge o risco de os policiais começarem a acreditar que a forma pela qual eles agem na rua é a forma oficial (ao estilo “esse é o jeito que nós agimos”). As reformas policiais mais eficientes foram as que conseguiram criar mecanismos para tornar obrigatório um acompanhamento mais próximo da supervisão direta, que não dependa apenas do virtuosismo de um supervisor específico, mas derivem de obrigações institucionais⁶⁸⁸.

Essa perspectiva do controle interno impõe um dever de estabelecer de forma clara a hierarquia interna e os mecanismos hierárquicos de controle e de responsabilização pelas diversas diligências policiais⁶⁸⁹, bem como estabelecer mecanismos para assegurar a identificação do policial responsável por determinado ato. De forma específica sobre a responsabilidade dos superiores policiais, ver o que consta do art. 24 dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei da ONU:

Os Governos e organismos de aplicação da lei devem garantir que os funcionários superiores sejam responsabilizados se, sabendo ou devendo saber que os funcionários sob as suas ordens utilizam ou utilizaram ilicitamente a

⁶⁸⁸ Walker, 2005:173. E acrescenta (*ibidem*: 182) que a taxa ideal de supervisores por policial seria de cerca de um supervisor para cada 8 policiais, pois mais que isso geraria uma impossibilidade concreta de efetivamente fiscalizar os policiais.

⁶⁸⁹ Nesse sentido: art. A.10 da Declaração sobre a Polícia do Conselho da Europa (Anexo à Resolução n. 690 da Assembléia do Conselho da Europa); comentários em G.M. Silva, 2001:126.

força ou armas de fogo, não tomaram as medidas ao seu alcance para impedirem, fazerem cessar ou comunicarem este abuso.

O controle pelos pares e pela supervisão direta seriam formas de controle difuso. Finalmente, há o controle interno concentrado, exercido pela Corregedoria, que centraliza o poder de autotutela no órgão policial. Obviamente, a existência de controles difusos pelos supervisores não inibe a responsabilidade dos dirigentes de efetivamente manterem a disciplina na instituição policial⁶⁹⁰. O controle preventivo ocorre mediante o efetivo exercício do poder regulamentar, disciplinando de forma minuciosa os pressupostos de fato e as consequências jurídicas de cada uma das medidas de polícia, fomentando sua interiorização pelo treinamento continuado. Há controle pelo reforço positivo e negativo das condutas policiais. No caso de condutas positivas dos policiais que são eficientes dentro do paradigma de legalidade, há que se construir mecanismos de reforço. Portanto, avaliações periódicas de desempenho, estabelecimento de prêmios meritórios, comendas ou mesmo privilégios em promoções por merecimento são elementos relevantes para se fornecer um reforço de condutas positivas (não apenas eficientes, mas especialmente legais)⁶⁹¹. No caso de condutas reprováveis, há que se estruturar o controle repressivo, mediante a abertura de um canal de recebimento de reclamações contra os eventuais desvios policiais, sua efetiva apuração e posterior responsabilização. Mesmo quando a conduta do policial foi correta, a abertura de um canal de reclamações contra um ato representado pelo cidadão como arbitrário, seguido de uma resposta explicativa da adequação da ação policial, é um instrumento essencial de prestação de contas da atuação policial em uma sociedade democrática⁶⁹². Finalmente, há a perspectiva profilática de condicionar o policial à prática de diligências legais mediante o treinamento continuado.

Um postura firme dos diretores da Polícia quanto à não aceitação do desvio policial é essencial para o seu controle⁶⁹³. Quando o órgão de controle interno e os supervisores

⁶⁹⁰ Segundo Armacost, 2004:515, a difusão da responsabilidade pelo controle em toda a instituição muitas vezes funciona como estratégia para evitar-se responsabilizações dos dirigentes, de forma que “há uma estratégia na administração policial de empurrar os defeitos para baixo e puxar os créditos para cima”. Para considerações específicas sobre a atividade de corregedoria policial militar, ver J.C. Assis *et al.*, 2008:207-212.

⁶⁹¹ Walker, 2001:186; Bittner, 2003:147.

⁶⁹² Cox, 1996:215.

⁶⁹³ Destacando o papel dos dirigentes: Skolnick, 2002:16. Contudo, Skolnick relembra que se deve ter a certeza de que aqueles que coordenarão a instituição nunca tiveram qualquer envolvimento com atividades ilícitas dentro da Polícia, sob pena de não terem condições efetivas de implementar as reformas necessárias por serem cobrados por seu passado (citando casos de Departamento de Polícia nos EUA que não conseguiram realizar as reformas por esse motivo).

não demonstram essa seriedade no tratamento, transmite-se a mensagem informal que o desvio será tolerado, o que fomenta sua reiteração. Assim, a postura institucional da direção da Polícia é um elemento essencial para minimizar ou expandir os efeitos naturais de uma tendência ocupacional de normalização da violência e sua imunização diante do código do silêncio e da cultura da bravura agressiva. Não é suficiente para o controle da corrupção ou da violência policiais que haja boa vontade da liderança: para que os esforços tenham continuidade no tempo, são necessários mecanismos institucionais de constante controle da atividade policial. Assim, é como tais departamentos tratam diariamente o desvio é ditará o clima organizacional. Segundo Armacost, quando ocorre uma situação de abuso de autoridade, “a culpa não deve recair exclusivamente no policial de linha, mas deve ser partilhada pelos dirigentes que falharam em prevenir a ocorrência do desvio”⁶⁹⁴.

2.4.1.4 Accountability individual: o controle externo

Além do controle interno, o controle externo tem sido apontado como extremamente importante para reforçar a operatividade do controle interno, complementando mecanismos internos bem estruturados de controle da atividade policial. Especialmente em razão do natural corporativismo dos mecanismos de controle interno, uma investigação independente dos desvios policiais é essencial para assegurar a efetiva responsabilização pelos desvios.

Estudos demonstram que, por mais bem intencionados que sejam, as investigações conduzidas pelos órgãos de controle interno tendem a serem corporativistas e a não darem uma resposta plenamente satisfatória às reclamações de desvios policiais. Como visto anteriormente, o órgão de controle interno tende a minimizar a probabilidade de veracidade de uma alegação de desvio policial, o que induz a que tais alegações não sejam imediatamente investigadas, e a ausência de uma investigação imediata tende a favorecer o perecimento das provas do delito; ademais, muitos supervisores tendem a partilhar a visão de que alguns pequenos desvios formais são legítimos, pois seriam essenciais à função policial; muitos dirigentes têm receio que um desvio grave seja descoberto, ante o receio que ele venha macular a imagem da

⁶⁹⁴ Armacost, 2004:522.

instituição, e ainda quando há um desvio relativamente bem configurado, ele tende a ser tratado de forma leniente ou complacente⁶⁹⁵.

Portanto, a existência de um órgão de controle externo da Polícia, como o poder de receber reclamações de desvio policial, investigá-las e recomendar alterações de padrões de procedimento, é essencial para se reforçar a *accountability* policial. Sobre a relevância de uma fiscalização independente pelo órgão de controle externo da atividade policial, ver síntese de Walker⁶⁹⁶:

Primeiro, em uma sociedade democrática o controle externo da atividade policial é em princípio um aspecto legítimo e necessário da *accountability* policial. Segundo, se projetado e implementado de forma adequada, o controle externo pode trazer uma contribuição positiva para elevar a *accountability* policial. Terceiro, a efetividade de uma agência de controle externo depende fundamentalmente do papel que ele recebe em relação ao Departamento de Polícia. A atividade de monitoramento da Polícia oferece as maiores possibilidades de se atingir sucesso no incremento da *accountability* policial. Muitas agências de controle externo não são eficientes tanto em razão de deficiências estruturais quanto pela ausência de uma visão sobre o que deve ser feito para se controlar a Polícia. Quarto, a atividade de monitoramento da Polícia é especialmente importante porque ela se foca em mudar a organização policial e não apenas em punir policiais individuais. Quinto, há pouca pesquisa empírica sobre o impacto da atividade de controle externo da atividade policial no dia-a-dia do trabalho policial e ainda há muito a se fazer nessa área. Sexto, apesar do seu potencial contributivo, o controle externo da atividade policial não é uma panacéia e apenas pode ser eficiente se for mais um elemento de um sistema mais complexo de *accountability*.

⁶⁹⁵ Ver argumentação que já tecemos acima, item 1.4.2.6.

⁶⁹⁶ Walker, 2001:179. Para uma visão panorâmica dos diversos mecanismos de *civilian oversight of policing*, com os respectivos procedimentos de abertura de canais de reclamação contra o desvio policial, coom instrumento essencial para manter a adesão da Polícia à legalidade, ver Goldsmith, 1999; Goldsmith e Lewis, 2000; Fletcher, 2001:409 *et seq.*; Finn, 2001. Palmiotto, 2005:295; Klockars *et al.*, 2006:183-200; Noble e Alpert, 2009; Kappeler *et al.*, 1998:249; USCCR, 2000:46. No presente trabalho, traduzimos *civilian oversight of policing* por “controle externo da atividade policial”, já que a ideia central desse conceito é que pessoas externas à Polícia (civis) irão supervisionar, fiscalizar, monitorar, investigar os desvios da atividade policial (normalmente com poderes de imposição de punições administrativas); obviamente, no Brasil não há agência independentes de fiscalização da Polícia na área administrativa, mas essa atividade é feita pelo Ministério Público (apenas na área criminal e de improbidade administrativa), pelas Ouvidorias de Polícia (infelizmente, sendo usual que não tenham poderes ou recursos para a investigação) e eventualmente por outras agências (v.g., comissões de direitos humanos de órgãos específicos).

Em sentido idêntico é o relatório da Comissão Mollen, sobre o Departamento de Polícia de Nova Iorque⁶⁹⁷:

Se a história prova alguma coisa, tal é que quando a luz da fiscalização externa brilha em um Departamento, ele irá policiar a si mesmo com sucesso. Mas a história também prova que se deixado à sua própria sorte, o Departamento de Polícia irá recair no erro e seus compromissos com a integridade irão erodir. [...] Apenas um órgão efetivamente externo, trabalhando com o Departamento de Polícia, mas fora de seu controle, pode sustentar o seu compromisso de integridade: de fazer com que o receio da ausência de controles sobre a corrupção seja maior que o receio de ver um escândalo de corrupção.

Especificamente sobre o Brasil, inúmeros estudiosos têm indicado que uma postura ativa do Ministério Público em investigar diretamente o desvio policial é essencial para trazer à luz esses casos e possibilitar uma mudança de paradigmas na atuação policial⁶⁹⁸.

O art. 22 dos “Princípios Básicos das Nações Unidas sobre o uso da força e armas de fogo” reforça a necessidade do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público:

Os Governos e os organismos de aplicação da lei devem estabelecer procedimentos adequados de comunicação hierárquica e de inquérito para os incidentes referidos nos princípios 6 e 11 f) [uso da força com resultado lesão corporal ou morte, ou o uso de arma de fogo mesmo sem resultado lesivo]. Para os incidentes que sejam objecto de relatório por força dos presentes Princípios, os Governos e os organismos de aplicação da lei devem garantir a possibilidade de um efectivo procedimento de controlo e que **autoridades independentes (administrativas ou do Ministério Público)**, possam exercer a sua jurisdição nas condições adequadas. Em caso de morte, lesão grave, ou outra consequência grave, deve ser enviado de imediato um relatório detalhado às autoridades competentes encarregadas do inquérito administrativo ou do controlo judiciário. (grifo nosso)

A perspectiva da fiscalização impõe a estruturação de instituições destinadas a monitorar de forma independente a atividade policial, destinadas, portanto, a trazer à luz os casos de desvio policial e os padrões desviantes de atuação. O padrão do Estado de Direito exige que tais casos de desvio policial tenham um tratamento adequado, que haja efetiva responsabilização e efetiva alteração de procedimentos potencialmente desviantes. Poderíamos dizer que há uma

⁶⁹⁷ Mollen, 1994:6. Segundo o relatório dessa comissão (Mollen, 1994:3), há uma indicação de uma falta de vontade política do órgão de controle interno do NYPD (na época) de efetivamente olhar para onde o desvio está mais presente.

garantia de nível jusfundamental à eficiência das instituições de controle da atividade policial, garantia esta destinada a assegurar a efetividade do direito fundamental à vedação de arbitrariedades na atividade policial.

Apesar dessas considerações, os mecanismos de controle externo devem sempre ser aplicados como um complemento (necessário) ao controle interno, mas nunca como um substituto integral. Em verdade, um acento demasiado no controle externo em detrimento do controle interno no âmbito da atividade policial pode levar à criação de resistências internas insuperáveis e mesmo ao enfraquecimento do controle interno. Sobre a relevância do controle interno, afirma Bayley⁶⁹⁹:

Em princípio, os processos internos são melhores [em relação ao controle externo], por três razões. Primeiro, a regulação interna pode ser mais completa do que a externa. A Polícia pode esconder qualquer coisa que quiser da inspeção externa, certamente o suficiente para que a supervisão externa pareça insatisfatória. Segundo, a regulação interna pode ser mais completa e intensiva. Pode concentrar-se em toda a gama de atividades policiais, não apenas nas aberrações mais dramáticas e visíveis. Terceiro, a regulação interna pode ser mais variada, sutil e diferenciada do que a externa. Poder utilizar tanto mecanismos formais quanto informais que são onipresentes nas vidas profissionais dos policiais.

Registre-se que essa posição de Bayley foi posteriormente corrigida por ele mesmo, o qual passou a entender que “o controle externo desvia as críticas infundadas contra a Polícia, isola um policial que persiste em praticar arbitrariedades, fortalece os supervisores policiais e atesta a boa fê da Polícia”⁷⁰⁰.

Os problemas ligados ao código do silêncio são questões que o controle externo dificilmente poderá resolver diretamente. A prevenção desse desvio deve ser feita prioritariamente no nível interno, de sorte que o controle externo atua como um fiscal da adoção

⁶⁹⁸ Chevigny, 1999:75; Alston, 2009:29 (recomendação n. 60 do relatório da ONU sobre execuções sumárias no Brasil).

⁶⁹⁹ Bayley, 2006:192. Todavia, conclui que o controle externo é altamente relevante para acentuar a confiança da população de que o controle interno agirá de forma eficiente e, caso falhe, haverá uma “segunda linha de defesa” (*ibidem*: 195) e que a relação entre maior ou menor atuação do órgão de controle externo da Polícia está relacionado com as próprias orientações normativas de relações sociais (individualistas ou comunitárias) e a heterogeneidade social (*ibidem*: 201).

⁷⁰⁰ Bayley, 1991:x. Nessa linha, Chevigny, 1999:69, comenta que a mudança de posição de Bayley, um dos principais teóricos da atividade policial nos EUA, reflete uma mudança generalizada de posições sobre a alta relevância do controle externo da atividade policial.

dos métodos corretos de prevenção e eventual repressão dos desvios já concretizados. A plena *accountability* ocorre com uma colaboração efetiva dos controles interno e externo⁷⁰¹.

Assim, o controle externo é um instrumento de fiscalização da efetividade dos mecanismos de controles internos do desvio, especialmente na auditoria constante do padrão de atuação policial, assegurando que a manutenção da integridade policial não esteja dependente da boa vontade de um administrador de determinada época, mas seja institucionalizado⁷⁰².

Ademais, a construção de um sistema de controles sobre a Polícia não pode ir ao extremo de inviabilizar o desempenho ordinário das atividades policiais, já que estas também são concretização de tarefas constitucionais. Não pode perder de vista que também o princípio da separação de poderes possui um valor instrumental, servindo à manutenção de outros valores⁷⁰³.

Não se deve desconsiderar que uma excessiva litigância contra a atividade policial por questões de menor importância pode prejudicar os casos mais sérios. Por um lado, o excesso de relatórios pode retirar significativa força de trabalho policial e reforçar uma perspectiva burocrática de Polícia, não voltada para o relacionamento com o público; finalmente, um controle excessivamente “agressivo” poderia inibir o policial de ter uma postura ativa diante de um eventual problema de segurança que envolva o risco de uma eventual abordagem a um cidadão⁷⁰⁴.

O controle da atividade policial deve respeitar um limite necessário de liberdade no exercício da atividade policial, não pode pretender ultrapassar o limite que resulta da própria natureza muitas vezes imponderável da atividade policial. Portanto, o controle da

⁷⁰¹ Chevigny, 1999:71, afirma: “mudanças sistêmicas apenas podem ser feitas por regulamentações internas nos Departamentos de Polícia que aceitam a necessidade de reduzir as oportunidades para abusos. Quando a organização resiste às mudanças sistêmicas, reformas legais externas são a única opção”.

⁷⁰² Destacando esse aspecto: Mollen, 1994:6.

⁷⁰³ Genericamente sobre a separação de poderes, ver Benda, 2001:504.

⁷⁰⁴ Quanto ao primeiro aspecto, afirma Mouhanna, 2007:151: “Em certos setores, os policiais se limitam a ocuparem seus postos ou estarem nos comissariados e se limitarem à redação de seus relatórios e outros processos verbais, e isso sobretudo para escapar do relacionamento com o público. Este é visto como uma fonte de dissensões e de receios, e não representa um verdadeiro parceiro”. Quanto ao segundo aspecto, também argumenta que, diante da obrigação de justificar *a posteriori* o uso da força e de ser responsabilizado pelos eventuais excessos, “o policial normalmente possui um interesse em se abster do que de arriscar ser considerado como praticando um abuso”, ver Mouhanna, 2007:145.

atividade policial está cingido por parâmetros de praticabilidade⁷⁰⁵. Apesar de serem necessários mecanismos de controle, não se pode perder de vista que a realização concreta da atividade policial deve “fluir”, seu procedimento deve ser simples, adequado e célere⁷⁰⁶.

Na atividade de fiscalização de uma diligência policial específica, é possível identificar diversas classificações da atividade de controle. Bayley propõe a distinção entre controle externo exclusivo e inclusivo: o primeiro se referiria a instituições que têm a atividade exclusiva de controlar a Polícia, enquanto o segundo se referiria a instituições que possuem diversas outras atividades, inclusive a de controlar a Polícia⁷⁰⁷. A única aplicação dessa classificação ao Brasil seriam as Ouvidorias de Polícia, que seriam órgãos de controle externo exclusivo, pois mesmo o Ministério Público não é um órgão de controle externo exclusivo, já que possui diversas outras atividades de fiscalização (talvez apenas o ofício especializado no controle externo seria um órgão de controle exclusivo, não a instituição em si).

Assim, muito mais útil é a classificação entre o controle externo processual (ou difuso) e o controle externo extraprocessual (ou concentrado). No âmbito processual, para cada diligência policial é possível que se condicione sua validade à submissão a um processo de fiscalização por determinadas pessoas ou instituições, no âmbito de um procedimento formal de prestação de contas. O controle é processual é difuso, pois, além de vários intervenientes poderem dele participar, no âmbito do Ministério Público, há vários órgãos que nele intervêm (cada um dos membros que receber a comunicação de uma diligência policial em um caso específico). Já o controle extraprocessual normalmente é concentrado, não apenas numa instituição específica (o Ministério Público), como num órgão específico dentro da instituição (um núcleo de controle externo da atividade policial). Vejamos essas perspectivas.

⁷⁰⁵ Com uma análise semelhante quanto ao controle judicial da discricionariedade administrativa na Alemanha, ver Correia, 1987:121.

⁷⁰⁶ Analisando a fluidez do procedimento administrativo como um dos princípios da Administração, ver Wolff *et al.*, 2006:436.

⁷⁰⁷ Bayley, 2006:174-5. Em diversos outros países esse conceito não teria utilidade; por exemplo, em Portugal, a IGAI é o principal órgão de controle externo da atividade policial, ainda que não atue exclusivamente no controle da Polícia (mas de toda atividade do Ministério da Administração Interna), bem como se questione se ela é efetivamente um órgão externo (já que está na estrutura do Ministério da Administração Interna, que organiza as atividades da Polícia de Segurança Pública).

2.4.1.5 Controle externo processual (difuso)

Para o exercício da atividade policial, vários possíveis intervenientes podem ser chamados para terem que fiscalizar o exercício da atividade policial numa situação concreta, dentro do procedimento específico, que chamaremos apenas de controle externo processual. Esse controle pode ser anterior (prévia decisão judicial), concomitante (obrigatoriedade de participação de determinados “fiscais” externos no ato), ou posterior (obrigação de documentação e posterior controle). Passamos a listar alguns dos possíveis intervenientes ocasionais que fiscalizam diligências policiais⁷⁰⁸.

(i) Testemunhas

Para determinados atos processuais, é necessária a intervenção de uma testemunha para acompanhar a sua realização, e que acaba funcionando como um fiscal externo relativamente à legalidade da atuação policial. Tais testemunhas são ordinariamente chamadas de testemunhas instrumentárias no direito brasileiro, já que não estão a depor sobre os fatos apurados no processo, mas sim sobre a realização de um ato procedimental específico e sobre o documento que formaliza a respectiva diligência. Elas são chamadas de testemunhas instrumentárias (ou testemunhas impróprias)⁷⁰⁹.

É o que ocorre, por exemplo, com a norma prevista no art. 245, § 4º do CPP brasileiro, que exige a presença de “qualquer vizinho”, se houver e estiver presente, para acompanhar a realização de busca domiciliar, quando ausentes os moradores (especialmente porque nessa situação provavelmente será necessário o uso da força para arrombar a entrada da residência)⁷¹⁰. Também consta da regra do art. 245, § 7º, do CPP, que prevê que independentemente da participação do vizinho se o morador não estiver presente, também será necessária a presença de duas testemunhas presenciais (que acompanharam a realização da diligência).

⁷⁰⁸ Ver comentários aos diversos possíveis intervenientes no processo de controle externo da atividade policial em R.R.C Guimarães, 2008:28-34; Santin, 2007:74-78.

⁷⁰⁹ Mirabete, 2002:299.

⁷¹⁰ Norma semelhante é reproduzida em diversos ordenamentos jurídicos. Ver, por exemplo, a necessidade de dois vizinhos acompanharem a diligência quando a casa a ser objeto de busca estiver vazia, cf. art. 566.3 e 569.3 da LECrim espanhola. Na França, para a diligência de destruição da substância estupefaciente apreendida, há necessidade de presença do investigado ou, na sua ausência, de duas testemunhas fora da autoridade do oficial de polícia judiciária (art. 706-30-1 do CPP francês).

Outros sistemas admitem que a pessoa objeto de revista pessoal ou busca local chame pessoa de sua confiança que esteja imediatamente acessível para acompanhar a realização da diligência (art. 175.1 e art. 176.1 do CPP português e art. 245.1 do CPP italiano). Na Alemanha, sempre que o juiz ou o membro do Ministério Público não puderem estar pessoalmente presentes acompanhando a diligência, é recomendável (se possível) a presença de um oficial municipal ou de dois membros da comunidade, com regra expressa de que tais membros da comunidade não poderão ser membros da Polícia ou oficiais do Ministério Público (StPO, § 105.2).

Também ocorre esse tipo de fiscalização com as testemunhas instrumentárias da lavratura do auto de prisão em flagrante (art. 304, §§ 2º e 3º, do CPP), que, apesar de nada saberem sobre o crime em si, deverão depor sobre a efetiva apresentação do preso à autoridade policial (portanto, comprovando que a apresentação do preso à autoridade policial em suposta situação de flagrante delito não foi uma ficção, mas efetivamente ocorreu), bem como no caso de o interrogando se recusar a assinar seu termo de interrogatório, indicando que acompanharam sua leitura ao autuado (para se atestar que não houve uma subtração ilícita da oportunidade de o interrogando dar sua versão dos fatos, ou que sua assinatura não foi colhida por capricho da autoridade policial)⁷¹¹.

Em determinadas situações, essa função é suficientemente atingida com o estabelecimento do dever de documentação áudio-visual de determinado ato. Por exemplo, nos EUA, há uma recomendação do Departamento de Justiça para que sejam instaladas câmaras de vídeo nas viaturas policiais, de sorte que todas as abordagens em incidentes de trânsito sejam objeto de uma gravação⁷¹². Essa gravação, é uma fonte de informações para o aperfeiçoamento das técnicas policiais, bem como é uma prova relevante tanto de que a atuação do policial foi correta, que ocorreu uma infração de trânsito, que eventualmente o cidadão foi agressivo para com o policial e portanto o seu uso da força foi legítimo, bem como, eventualmente, da ocorrência de algum desvio policial. Mas a simples existência da câmara no veículo já é um fator de desestímulo ao desvio policial.

⁷¹¹ Rangel, 2009:707-708; Mirabete, 2002:381; Nucci, 2008:606 *et seq.*

⁷¹² Reno, 2001:15 e 36.

(ii) Investigado

Em algumas situações, o investigado possui o direito de acompanhar uma diligência policial o que, além de constituir uma manifestação antecipada do direito de defesa (o direito de participar das diligências) também configura possível elemento de controle de eventuais arbitrariedades. É o que ocorre, em alguns sistemas, com o reconhecimento ao investigado do direito de acompanhar a realização da busca domiciliar (obviamente, sem direito a prévia intimação, o que inviabilizaria o ato ante a perda do elemento de surpresa)⁷¹³, ou com o direito de participar da diligência de abertura de correspondências apreendidas⁷¹⁴. Reconhece-se, todavia, a preponderância do valor de participação sobre o valor de controle, pois o investigado possui interesse direto na causa e, portanto, há uma diminuição no valor da credibilidade de sua palavra isolada de outros elementos de convicção.

No Brasil, o art. 245, *caput*, do CPP, estabelece que antes de iniciar a diligência o mandado deverá ser lido ao morador, intimando-o a abrir a porta. A doutrina brasileira não tem explorado a potencialidade desse dispositivo para o reconhecimento do direito do morador em acompanhar a realização da diligência⁷¹⁵. Seria conveniente, portanto, que o sistema brasileiro reconhecesse expressamente o direito do morador de acompanhar a realização da diligência, desde que não venha a atrapalhar concretamente sua realização.

(iii) Defensor

Diversos sistemas de processo penal exigem a presença obrigatória de defensor (constituído ou dativo) para a realização do interrogatório do investigado. Essa presença obrigatória do defensor (fiscalização concomitante) é uma garantia acrescida de que o

⁷¹³ É o que ocorre, por exemplo, em Portugal, que prevê no art. 176.1 do seu CPP que antes da diligência, o investigado será comunicado com cópia do mandado judicial, no qual constará que ele poderá acompanhar a realização da diligência, bem como fazer-se acompanhar de pessoa de sua confiança que se apresente prontamente para acompanhar o ato. Na França, essa obrigatoriedade de participação do titular do domicílio consta dos arts. 57 e 96 do CPP francês. Na Espanha consta do art. 569 da LECrim, entendendo a jurisprudência espanhola, inclusive, que se o investigado estiver preso sua ausência à diligência de busca acarretará a nulidade da diligência, exceto se situações concretas impedirem essa participação (STS 27 nov. 1995, *apud* Álvarez Rodríguez e Ríos Diego, 2009:89).

⁷¹⁴ Art. 584 da LECrim espanhola.

⁷¹⁵ Não abordam o tema: Mirabete, 2002:322; Tourinho Filho, 2001:424; E.P. Oliveira, 2009:384; Rangel, 2009:145 *et seq.*; M.P. Lima, 2008:273 *et seq.* Apenas tangencia o tema Nucci, 2008:536: “O morador não fica entregue à própria sorte, nem ao inteiro arbítrio do agente da autoridade, tendo como evitar determinadas invasões abusivas, ou, pelo menos, acautelar-se, produzindo prova de que elas existiram”, ficando implícito na abordagem de Nucci

interrogatório será realizado com respeito aos direitos fundamentais do investigado, sem pressões indevidas⁷¹⁶.

Também em vários sistemas comparados é possível a presença facultativa do defensor à realização de atos de investigação, tais quais: perícias irrepetíveis, buscas domiciliares, acareações entre o investigado e terceiros⁷¹⁷. Obviamente, a concessão da oportunidade de participação do defensor nesses atos na fase das investigações, caso solicitado pelo investigado, é obrigatória, mas a efetiva participação do defensor é facultativa, de sorte que sua ausência ordinariamente não gera nulidade nos sistemas estrangeiros.

De qualquer sorte, o defensor possui o direito de vista dos autos do inquérito (cf. Súmula Vinculante n. 14 do STF), e nessa perspectiva atua como fiscal da legalidade da atuação policial em favor do investigado, numa fiscalização *a posteriori*, podendo eventualmente aviar as impugnações pertinentes (no Brasil, normalmente o *habeas corpus* – no caso de restrição imediata à liberdade de locomoção). Ele também tem o direito de livre ingresso nas Delegacias de Polícia e de contato pessoal com seu cliente, que é uma forma de assegurar o conhecimento de eventuais ilegalidades para a promoção das ações cabíveis.

Conforme ponderam Ambrosio e Vigna, a participação do defensor na investigação possui uma função de garantia e controle (fiscalização da legalidade) e também tem uma função de defesa ativa, visando assegurar o direito à assistência técnica e o direito à prova (ou seja, um direito a defender-se provando)⁷¹⁸. Na Itália, por exemplo, além dessas atividades de

que o morador possui o direito não apenas de receber cópia do mandado, mas de acompanhar a realização da diligência, para acautelar-se quanto a eventuais arbitrariedades.

⁷¹⁶ Exploraremos esse tema *infra*, na subseção 4.3.4.

⁷¹⁷ Sobre o direito do advogado de acompanhar a busca domiciliar quanto realizada na residência do investigado, ele estaria implícito no art. 176.1 do CPP português; ver P.P. Albuquerque, 2009:479. Ainda assim, a jurisprudência portuguesa entende que a omissão de intimação do investigado para acompanhar a diligência não configuraria nulidade, sendo mera irregularidade (VVAA, 2009:456). Ela também está expressamente prevista no art. 356 do CPP italiano, sendo que, se o investigado solicitar, a intimação do advogado (ainda que por meio telefônico) será obrigatória, mas o tempo de aguardo deverá ser breve (Chiavario, 2009:410). Quanto ao procedimento dessa intervenção, Chiavario, 2009:411, esclarece: “após ser realizado com contato inicial entre o responsável pela realização da busca e a pessoa ou o local que constitui objeto da busca, deve ser dado um aviso ao defensor, anda que com meio rápido de comunicação, após o que deverá ser concedido um tempo de espera, durante o qual se limitará a assegurar que nada seja alterado do que possa ser relevante para o bom êxito da operação”. Na Espanha, tal presença facultativa do defensor à busca domiciliar de seu cliente está prevista no art. 318 e 319 da LECrim.

⁷¹⁸ D’Ambrosio e Vigna, 2003:107.

participação na investigação, reconhece-se uma atividade adicional ao defensor de poder desenvolver uma investigação defensiva paralela à da Polícia Judiciária⁷¹⁹.

Infelizmente, não raro, vários advogados acabam por serem também vítimas de abuso de autoridade ao terem suas prerrogativas profissionais tolhidas no exercício de sua relevante função⁷²⁰. Daí que o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público deve também focar-se para a efetiva garantia desses direitos do defensor na fase de investigação criminal.

(iv) Representante da OAB para investigações contra advogados

No caso de buscas realizadas nas dependências de escritórios de advocacia, para assegurar a fiscalização quanto ao respeito dos limites mais estreitos de realização dessa diligência, é necessária a presença de um representante da ordem dos advogados, cf. art. 7º, II e § 6º, da Lei n. 8.906/1994 (com redação dada pela Lei n. 11.767/2008)⁷²¹. A garantia adicional é justificada para o respeito ao sigilo profissional entre advogado e seu cliente, assegurando o cumprimento do disposto no art. 243, § 2º do CPP, segundo o qual não será admissível a apreensão de documento em poder do defensor, salvo quando ele constituir elemento do corpo de delito. Parte-se do princípio que a presença dessa testemunha com conhecimentos qualificados irá evitar eventual excesso no decorrer da diligência e, se eventualmente ocorrer algum excesso, poderá funcionar como uma testemunha dos fatos. Trata-se, portanto, de um agente externo que realiza uma atividade de fiscalização da atividade policial.

Na Itália, o art. 103.3 do CPP prevê que é obrigatória a intimação do representante local da ordem dos advogados para acompanhar a diligência de busca em escritório de advocacia, sob pena de nulidade (mas sua efetiva participação não é essencial à validade da diligência). Em Portugal, a busca em escritório de advocacia deve ser presidida pessoalmente

⁷¹⁹ O tema da investigação defensiva trasborda dos limites desse trabalho sobre o controle da atividade policial. Para uma análise desse tema na Itália, ver: Lorusso, 2009; Tonini, 2009:554-587; Chiavario, 2009:415-417; Siracusano *et al.*, 2006:14-17, 165-182.

⁷²⁰ Ver exemplo em D.D. Oliveira e Tosta, 2001:58.

⁷²¹ Inicialmente o STF, no âmbito da ADIN 1.127, deferiu liminar para suspender os efeitos da parte final desse dispositivo, que subordinava a validade da diligência ao seu acompanhamento por representante da OAB. Todavia, quando do julgamento do mérito pelo Plenário (j. 15 maio 2006, DJU 26 maio 2006), rejeitou-se a inconstitucionalidade dessa parte final, de sorte que é efetivamente necessária a presença desse representante para a validade da diligência. Ver Nucci, 2008:539 e Rangel, 2009:154-155.

pelo juiz, sendo também necessária prévia intimação do presidente do conselho local da Ordem dos Advogados, cf. art. 177.5 do CPP português (e idêntica regra também existe lá para as buscas em consultórios médicos, com prévia intimação da Ordem dos Médicos)⁷²². Idêntica regra à portuguesa existe no sistema francês (cf. art. 56-1 do CPP francês). De forma geral, entende-se que essa presença do representante da Ordem dos Advogados seria uma derivação do art. 8º da CEDH, com decisões do TEDH sobre a sua obrigatoriedade⁷²³. Obviamente, nesses casos não pode constar o local onde será realizada a busca nem quem é o investigado, haverá apenas a indicação da necessidade de realizar-se busca em um escritório de advocacia, da obrigatoriedade de comparecer um representante da Ordem dos Advogados em determinado dia e hora no Tribunal para, a partir dali, acompanhar a realização da diligência⁷²⁴.

Também é necessária a presença de um representante da OAB para a lavratura de um auto de prisão em flagrante contra um advogado, quando agindo no exercício da advocacia, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação do fato à OAB (art. 7º, IV, da Lei n. 8.906/1990).

(v) Fiscalização pelo público

Também se deve questionar em que medida haveria também em relação à atividade policial a necessidade de instrumentos de publicidade que permitam a realização de uma fiscalização pelo público. Como se sabe, a cultura do antigo regime era dominada pelo segredo de Estado, que permitiu todo tipo de manipulações das pessoas e a instrumentalização das instituições e que teve como expoente máximo o Santo Ofício da Inquisição⁷²⁵. Assim, a publicidade aparece como instrumento de garantia do público contra as eventuais arbitrariedades estatais. Segundo Denninger, o receio de que a Polícia venha transformar-se em uma “polícia secreta de Estado” (como a *Gestapo*), com poderes executivos incontroláveis, leva à consideração de que “em princípio, a Polícia deve intervir à vista de todos e apenas excepcionalmente, na medida do possível, em absoluto segredo”⁷²⁶. A transparência é uma garantia de probidade e que possui diversas concretizações em nível constitucional: direito de acesso a documentos públicos

⁷²² G.M. Silva, 2008b:241; P.P. Albuquerque, 2009:484-485

⁷²³ TEDH, *Niemetz vs. Alemanha*, 16 dez. 1992. Ver P.P. Albuquerque, 2009:484.

⁷²⁴ Nesse sentido: P.P. Albuquerque, 2009:484.

⁷²⁵ Sobre a cultura do segredo na era pré-liberal, ver Homem, 2006:102.

⁷²⁶ Denninger, 2001:473.

(salvo as exceções legais ligadas à segurança e à intimidade), direito a pedir explicações pelas atividades da Administração e o correlato dever de resposta da Administração.

Não temos dúvidas em afirmar que, mesmo no exercício da atividade policial, sempre que a publicidade não prejudicar o curso das atividades e não importar em restrição indevida de direitos de terceiros, deve haver a publicidade como instrumento de fiscalização pública da atividade policial. Por exemplo, nas ações policiais de rua, a observação pacífica por transeuntes pode significar um instrumento de fiscalização pública da legalidade da ação policial⁷²⁷. Assim, as ordens para afastar possíveis espectadores da ação policial em locais públicos apenas podem ser justificadas pela finalidade de manutenção da ordem (risco de transeuntes criarem um ambiente propício a atos de violência) ou se o próprio abordado não desejar ter testemunhas de sua detenção, jamais com a finalidade de evitar possíveis testemunhas da ação policial. Assim, medidas como ordenar que pessoas parem de filmar ações policiais em locais públicos ou mesmo apreender as câmaras para evitar filmagens por particulares soam extremamente anti-democráticas, já que as ações policiais ostensivas em locais públicos estão naturalmente submetidas à fiscalização do público⁷²⁸. O direito de efetuar tal gravação deriva da própria publicidade e transparência inerentes à atividade policial em locais públicos, sendo, aliás, um importante mecanismo de documentação da atividade policial (tanto para demonstrar a legalidade quanto eventual desvio na diligência policial).

Nessa perspectiva, a vedação de obstrução de espectadores públicos pacíficos é uma garantia de fomento de transparência na atividade policial, ou seja, de estímulo à criação

⁷²⁷ Indicando que ações policiais em público naturalmente passam a exigir níveis mais elevados de *accountability*: Muniz e Proença Jr., 2007b:42.

⁷²⁸ Nos EUA essas pessoas que testemunham uma abordagem policial são chamados de *onlookers*, havendo vários Departamentos de Polícia com diretrizes específicas sobre o dever do policial em não obstar espectadores pacíficos. Nesse sentido, Walker, 2001:97, faz menção a recomendações das agências de controle externo da Polícia de São José e de São Francisco (Califórnia), devidamente adotadas pelos respectivos Departamentos de Polícia, que recomendam que “particulares que observam a ação policial em público devem ser permitidos a observar e escutar conversas em situações de detenção ou prisão em áreas públicas quando tal for razoável; a única exceção é que os observadores não podem interferir nos deveres dos policiais nem criar preocupações de segurança para o policial, o detido ou o próprio observador; se o policial acredita que o observador está criando uma situação de distúrbio, ele pode chamar seu supervisor para resolver e documentar esse incidente; [...] um policial pode barrar um observador se o abordado solicitar ou se houver uma razão específica para manter a conversa confidencial; [...] o observador pode perguntar ao abordado se ele deseja ter uma testemunha de sua abordagem, mas ainda assim o observador não é obrigado a dar seu nome para o policial”. Ver ainda Walker, 2001:152 e 2005:157. Todavia, Bittner, 2003:192, indica que muitas vezes isolar um evento conflituoso de observadores pode ser uma estratégia para a própria solução pacífica do conflito (fomentando uma adesão

de potenciais testemunhas. Tais testemunhas poderão ser reveladas por iniciativa própria (ao denunciarem a existência de um possível desvio policial) ou por investigação privada do abordado, caso formule uma reclamação sobre a atuação policial. Aqui não há propriamente um dever processual da Polícia de arrolar tais testemunhas em todas as diligências, mas um estímulo à existência delas. Todavia, se houverem diversas testemunhas e nenhuma for arrolada pela Polícia, surge uma séria dúvida sobre a lisura da diligência policial.

A questão da publicidade torna-se mais complexa quando se trata da atividade de investigação criminal. Aqui o Estado trabalha com o levantamento de hipóteses explicativas de um fato passado e a tentativa de confirmação ou refutação dessas hipóteses, até a aproximação de uma das hipóteses com a verdade. Em algumas situações, a enunciação pública de uma linha de investigação pode por em causa o sucesso das atividades de esclarecimento, ou ainda comprometer os direitos fundamentais de pessoas possivelmente ligadas ao fato, possíveis suspeitos, mas em relação aos quais sequer há indícios concretos de envolvimento. Havendo razões concretas para não tornar público o desenrolar das investigações, é razoável a restrição do princípio da publicidade para assegurar a eficiência da investigação. Mas aqui, para fugir ao sigilo absoluto, o Estado se organiza em instituições com a finalidade de se controlarem reciprocamente, de sorte que a documentação da investigação poderá ser fiscalizada por outro órgão diverso do executor da diligência investigativa⁷²⁹. Daí porque é essencial que toda investigação transcorra dentro do devido processo legal (devidamente formalizada), para que possa estar submetida aos instrumentos de controle legalmente previstos. O princípio do Estado de Direito corresponde a uma vedação de investigações informais, sem mecanismos formais de controle.

(vi) Juiz

A atuação policial não poderia ser subtraída do esquema mais amplo de separação de poderes. Via de regra, a Administração Pública possui a prerrogativa de auto-execução dos atos administrativos, todavia, sempre que tal execução esbarrar na possível

voluntária do abordado à diretriz do policial); ainda assim, indica que essa tática deve ser de uso limitado ante o risco de esconder desvios policiais.

⁷²⁹ No caso das diligências de investigação conduzidas diretamente pela Polícia, o Ministério Público fiscaliza posteriormente sua legitimidade, no caso das diligências de investigação conduzidas pelo Ministério Público, deve

restrição de direitos fundamentais, inclusive em sua atividade de prevenção criminal (atividade típica de Poder Executivo), haverá necessidade de prévia autorização judicial⁷³⁰. Várias diligências policiais estão submetidas à prévia autorização judicial, como a busca domiciliar sem autorização do morador e fora da situação de flagrante delito, a prisão fora da situação de flagrante delito (prisão preventiva ou temporária), a interceptação das comunicações telefônicas e ainda a quebra de sigilos gravemente violadores da intimidade, como o sigilo bancário, fiscal e telefônico.

O requisito de prévia autorização judicial é uma forma de estruturação da atividade persecutória estatal com a finalidade de evitar a concentração de poderes na Polícia (policialização), que teria o sério risco de tender ao eventual arbítrio. Ao se submeter ao “monopólio de primeira palavra”⁷³¹ do Judiciário para a restrição de direitos fundamentais no âmbito criminal (via de regra anteriormente e apenas excepcionalmente posteriormente), cria-se um mecanismo de controle da atividade policial, tendente a minimizar as hipóteses de desvio, sendo uma garantia de proteção aos direitos fundamentais envolvidos na atividade policial. A história assim bem o demonstra que a concessão de amplos poderes de restrição de direitos fundamentais à Polícia sem mecanismos eficientes de controle sempre tendem ao arbítrio (Polícia secreta alemã – *Gestapo*, a Polícia da ditadura brasileira e muitas outras), de sorte que a exigência de prévia autorização judicial para restrição de direitos fundamentais pela Polícia também pode ser reconhecida como um instrumento de controle externo da atividade policial, estabelecendo limites anteriores à diligência de restrição dos direitos fundamentais, bem como avaliando, quando do encaminhamento do relatório da diligência, a legalidade de seu efetivo cumprimento.

Atualmente o juiz deve converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (CPP, art. 310, com a redação da Lei n. 12.403/2011). Isso significa que a prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, provisória, destinada tão somente a apresentar o suspeito de ter praticado uma infração penal ao juiz, para que no âmbito do Sistema de Justiça Criminal se decida se há ou não necessidade de ser decretada a prisão cautelar do investigado, ou de aplicar-lhe outra medida cautelar alternativa à prisão, tudo mediante decisão judicial fundamentada com

o órgão superior do Ministério Público aferir sua legalidade quando da apreciação das dilações de prazo ou da decisão final de arquivamento.

⁷³⁰ Otero, 2003:848.

⁷³¹ Canotilho, 2003:669.

necessária intervenção do Ministério Público (titular também da ação penal cautelar). Portanto, a prisão em flagrante dura tão somente entre o momento de sua efetivação pela autoridade policial até a posterior comunicação ao juiz, havendo um controle pelo juiz da legalidade dessa restrição precária da liberdade (expressa no poder de relaxamento da prisão ilegal, nesse caso independentemente de prévia manifestação do Ministério Público).

Ademais, quando da realização da instrução criminal, se o juiz verificar que ocorreu alguma arbitrariedade no âmbito da atividade policial, poderá determinar a extração de cópias e encaminhamento ao órgão responsável pelo seu controle direto (Corregedoria de Polícia ou Ministério Público), o que também é uma forma de controle da atividade policial.

Vale relembrar que, num sistema acusatório, a atividade de fiscalização da Polícia realizada pelo juiz está limitada às restrições indevidas de direitos fundamentais. Não cabe ao juiz realizar uma fiscalização de eficiência, o que importaria atribuir-lhe, de forma travestida, iniciativa de atividades investigativas, o que é inadmissível⁷³².

(vii) Ministério Público

Enquanto o principal órgão de controle externo da atividade policial, todas as diligências policiais de investigação devem ser constantemente apresentadas ao Ministério Público para que esse órgão possa fiscalizar a legalidade de desenvolvimento da atividade policial, enquanto uma garantia constitucional de incremento da legalidade e da eficiência da atividade de investigação criminal. O controle externo processual realizado pelo Ministério Público tem uma dupla finalidade: o Ministério Público dirige de forma mediata a atividade de investigação criminal, através de suas requisições de diligências, bem como o Ministério Público fiscaliza de forma continuada a legalidade das diligências policiais. O Ministério Público é o destinatário final do trabalho policial investigativo e, como tal, cada um dos membros do Ministério Público que atuam na área criminal é um fiscal da atividade policial no âmbito de cada uma das diligências policiais que lhes são apresentadas, devendo fiscalizar não apenas a eficiência da atividade policial, mas também e especialmente sua adesão ao modelo legal. Na primeira perspectiva, enquanto titular do direito de ação, o Ministério Público possui interesse em assegurar que a investigação efetivamente lhe proporcione as informações adequadas que lhe

permitam produzir em juízo provas suficientes para obter uma condenação criminal. Na segunda perspectiva, como fiscal da ordem jurídica e do regime democrático, deve o Ministério Público zelar pelo respeito aos direitos fundamentais no exercício da atividade de investigação, tanto fiscalizando cada um dos inquéritos, quanto fiscalizando em geral a legalidade de atuação da Polícia, o risco que determinadas práticas e rotinas de investigação possam ensejar a ocorrência de desvios. Esse tema será aprofundado adiante⁷³³.

O Ministério Público exerce o controle externo da atividade policial sobre as áreas pré-definidas como sensíveis para o seu exercício. O problema de se estabelecer mecanismos de controle integral de toda a atividade policial (*full accountability*) é que eles possuem um custo tão elevado de realização que poderiam consumir toda a energia da instituição apenas na burocrática de se auto-controlar. Portanto, é inevitável aceitar-se de antemão que haverá certo nível de discricionariedade não controlada, ou melhor, com controles em degraus, níveis sucessivos: supervisão direta, controle interno central e controle externo, de sorte que o controle é mais intenso no nível inferior (supervisão imediata) e progride na escala em proporção à gravidade de um evento (ou potencial de risco de determinadas diligências), elegendo-se, ao contrário, quais são as áreas sensíveis para haver, sobre elas, um controle mais incisivo dos órgãos de controle mais superior e pela própria sociedade⁷³⁴. Nessa medida, as diligências policiais com elevado grau de intrusividade em direitos fundamentais, com grave potencial de configurar um eventual desvio, hão de merecer especial atenção do sistema jurídico e submeter-se a um regime de prestação de contas, mediante relatórios processuais, ao Ministério Público, enquanto órgão constitucional de fiscalização da ordem jurídica e, especificamente, de controle externo da atividade policial.

É certo que a *accountability*, enquanto mecanismo de institucionalização de práticas de prestação de contas (interna e externa) das diligências realizadas possui limites. Primeiramente, ela possui limites intrínsecos à capacidade de reconstrução de determinadas

⁷³² Aprofundamos o tema adiante, subseção 3.2.2.

⁷³³ Ver subseção 3.2.1.

⁷³⁴ Criticando a proposta de Walker, 2005, de um progressivo controle em tempo real das diversas atuações policiais, ver Muniz e Proença Jr., 2007b:66, que falam de uma *accountability* seletiva relacionada com uma possibilidade de responsabilização integral. Obviamente, o controle em tempo real seria uma quimera e essa não é a proposta de Walker, mas de uma estruturação normativa do padrão de atuação policial, a elaboração de relatórios de uso da força e a posterior análise sistemática desses relatórios para a detecção precoce de possíveis padrões de desvio, os

situações fáticas; não é possível reconstruir toda a complexidade da situação fática sobre a qual o policial decidiu agir, havendo, portanto, um recorte da realidade segundo categorias juridicamente relevantes para justificar o exercício legítimo da autoridade. Isso significa que, apesar de em toda atividade do mandatário ser possível uma solicitação de prestação de contas, ordinariamente há uma seleção de prestação de contas quanto a determinadas atividades mais relevantes. Apesar da capacidade de responsabilização ser integral, o exercício concreto da *accountability* é seletivo às diligências consideradas mais relevantes para serem submetidas a esse sistema de prestação de contas⁷³⁵. É natural que os policiais sejam relutantes à prestação de contas de seus atos, mesmo porque normalmente ela é realizada através de relatórios, o que é visto por muitos como trabalho burocrático desnecessário⁷³⁶. Todavia, esse trabalho é essencial para permitir o controle da atividade policial⁷³⁷.

Não se negligencia que, em sua atividade de elaborar relatórios e prestar contas de seus atos, o policial acaba por realizar um trabalho de redefinição da realidade (a realidade vista pelos olhos do policial, ou a realidade que o policial quis ver na situação)⁷³⁸. Por esse motivo é essencial que o órgão de controle externo não apenas tenha o poder de analisar as justificativas apresentadas pelo relatório policial, mas que tenha a possibilidade de eventualmente averiguar a acuidade das informações prestadas e sua efetiva conformação com a realidade. Portanto, o poder de investigar é inerente ao poder de realizar a atividade de controle externo.

Ademais, a *accountability* apenas recai sobre as condutas que os policiais realizam acreditando agirem no cumprimento da lei (as atuações legais e, quanto às eventualmente ilegais, normalmente as situações de uso excessivo da força, de ilegalidades de eficiência e de omissões). A *accountability*, na perspectiva de obrigação de prestação de contas,

casos mais ordinários pela supervisão imediata e os casos medianos pelo sistema de controle interno e os mais graves pelo órgão de controle externo.

⁷³⁵ Sobre a relação entre *full responsibility* e *selective accountability*, ver Muniz e Proença Jr., 2007b:35.

⁷³⁶ Walker, 2005:185.

⁷³⁷ Sobre a ineficiência de muitas agências de controle externo da atividade policial nos EUA, afirma Walker, 2001:78-79: “É inapropriado colocar a questão em termos simplistas: a revisão independente de reclamações contra o desvio policial funciona? A resposta é: depende. Uma agência que não pode exigir que um policial preste depoimento e que obtenha outras informações relevantes para a investigação de um incidente, que é limitada por uma exigência irrazoavelmente elevada de níveis de prova para punição, que não possui poder de formular recomendações mandatórias relacionadas a desvios concretos, que não têm uma equipe adequada para conduzir as investigações e que falha em recrutar, treinar e supervisionar seus integrantes de uma forma profissional, está fadada irremediavelmente ao fracasso. [...] Agências que possuem poderes e recursos apropriados e que atuam de forma profissional tem, pelo menos, a possibilidade de serem eficientes no controle da atividade policial”.

possui limites quanto aos atos de corrupção e demais atos ilícitos, pois para estes o policial já sabe que está agindo fora da lei, e procura exatamente acobertar suas práticas para que não sejam descobertas⁷³⁹. Para essa outra gama de desvios policiais é necessária a criação de outro sistema de controle, fundado basicamente na recepção de reclamações contra o desvio policial, na investigação e responsabilização, bem como na avaliação continuada das reclamações para retirar-se delas os sinais precoces de possíveis desvios.

2.4.1.6 Controle externo extraprocessual (concentrado)

Além da perspectiva de apresentação das diligências policiais ao Ministério Público no âmbito de cada processo de investigação criminal para a fiscalização de cada uma das diligências policiais, realizado de forma difusa por todos os integrantes do Ministério Público com atuação na área criminal, o controle externo da atividade policial possui uma segunda perspectiva, o poder/dever de fiscalizar as notícias de eventuais desvios policiais, esclarecendo-as, promovendo a responsabilização e propondo as medidas necessárias para evitar a reiteração do desvio policial e a adesão da atividade policial ao modelo constitucional de eficiência sem arbitrariedades. Essa outra atuação desenvolve-se por membros do Ministério Público com atribuições específicas nessas áreas (daí a denominação de controle concentrado)⁷⁴⁰. Segundo o Alto Comissariado para Direitos Humanos das Nações Unidas, a estruturação de um sistema independente de formulação de reclamações contra violações praticadas pela Polícia é um aspecto essencial para a concretização de um sistemas de proteção aos direitos fundamentais⁷⁴¹.

⁷³⁸ Mouhanna, 2007:143.

⁷³⁹ Muniz e Proença Jr., 2007b:62.

⁷⁴⁰ Essa nomenclatura de controle difuso e controle concentrado foi acolhida pelo CNMP na Resolução n. 20/2007, art. 3º.

⁷⁴¹ Nesse sentido, ver o Relatório de 2009 do Alto Comissariado para Direitos Humanos das Nações Unidas (Nações Unidas, 2009), indicando várias ações de treinamento na área de direitos humanos para diversos Departamentos de Polícia de países em situação pós-conflito (especialmente na África) e da promoção de ações para incremento de ações de controle da Polícia e de estruturação de serviços de reclamações contra violações de direitos. Ver interessantes casos de responsabilização da Polícia por eventuais desvios vistos como grandes conquistas no estabelecimento um sistema de direitos humanos (ainda que haja fracos sistemas de responsabilização da Polícia): Burundi (*ibidem*: 88), Serra Leoa (p. 98), Timor Leste (p. 127 e 138) (ver especialmente o caso “strengthening accountability in the Police service” em Serra Leoa à p. 98). Infelizmente também há sérias narrativas de problemas ainda não resolvidos de violência policial, como os casos de grupos de extermínio no Nepal (p. 130), violações sistemáticas de direitos em Timor Leste (p. 139), e prisões arbitrárias e maus tratos em cidades do Sri Lanka (p. 146). Ver especialmente comentário sobre os problemas no Timor Leste: “A contínua fraqueza dos processos judiciais e disciplinares contra policiais acusados de cometerem violações de direitos humanos continua

Segundo Walker, as vantagens de um sistema de controle externo da atividade policial, com investigações independentes dos desvios policiais, são basicamente as seguintes: 1) o fato de desvios policiais se tornarem relativamente comuns ocorre, em grande parte, porque os próprios Departamentos de Polícia falham em investigar as alegações de desvio policial e de punir de forma apropriada os policiais culpados; 2) uma investigação externa à instituição policial possui maiores condições de ser profunda e imparcial, pois não será influenciada pelo corporativismo decorrente da subcultura policial; 3) investigações independentes têm maior probabilidade de concluir pela ocorrência de desvios; 4) mais investigações conclusivas poderão resultar em mais disciplina; 5) mais ações disciplinares terão um melhor efeito dissuasório de reiteração de novos atos de desvio policial; 6) investigações independentes do desvio policial melhorarão a representação tanto do reclamante quanto da coletividade quanto à lisura do procedimento de investigação dos desvios policiais; 7) todos os fatores anteriores colaborarão para elevar o nível de profissionalismo na instituição policial⁷⁴².

Para Walker, a validade dos argumentos acima indicados não é automática e nem sempre está presente, pois está subordinada à verificação da efetividade da atuação do órgão de controle externo da Polícia. Uma atuação leniente, sem um efetivo acompanhamento das investigações dos desvios policiais, pode ser decisiva para não se proporcionar uma resposta efetiva e independente ao desvio policial. Essa postura ativa do Ministério Público no exercício do controle externo dependerá, sem dúvidas, do empenho dos membros em exercer de forma efetiva suas atribuições constitucionais⁷⁴³.

As formas de condução do controle externo são variadas. Ele pode ser apenas um órgão de recepção das reclamações e de repassá-las ao órgão de controle interno para a investigação, ele pode ser um órgão de condução de investigações independentes, ele pode ser um órgão de fiscalização da investigação conduzida pelo controle interno, ou ele pode apenas

a ser um desafio crucial. Esse problema é exacerbado pela falta de consciência das comunidades sobre padrões de respeito a direitos humanos e sobre procedimentos para formular reclamações contra policiais” (p. 139).

⁷⁴² Walker, 2001:55. Walker ainda argumenta que os eventuais argumentos contrários da Polícia à existência do controle externo são falhos pois, em grande medida, a Polícia também é arredia ao próprio controle interno: “Em resumo, a oposição das instituições policiais ao controle externo é realmente parte de uma oposição mais geral a qualquer questionamento de suas condutas não importa a fonte do questionamento” (Walker, 2001:60). Em sentido semelhante, ver Fletcher, 2001:410 e Finn, 2001:xii.

⁷⁴³ Aqui vale a crítica de Mazzili, 2008:53, de que “outro problema sério do Ministério Público, também presente na Magistratura – mas que, por óbvio, não é exclusividade dessas instituições – consiste na não desprezível quantidade de seus integrantes que têm índole avessa ao trabalho”.

fiscalizar genericamente o processo de condução das investigações pelo órgão de controle interno⁷⁴⁴. Todavia, a doutrina tem reconhecido que a condução de investigações independentes no caso de crimes policiais graves é essencial para a efetiva independência do exercício do controle externo da atividade policial. Por outro lado, em termos práticos, a condução de investigações independentes e a expedição de recomendações de procedimentos de atuação à Polícia também são os pontos de maior tensão no relacionamento entre Polícia e Ministério Público, sendo representados muitas vezes como uma intromissão indevida na atividade policial⁷⁴⁵. Todavia, como visto acima, a institucionalização do conflito nos mecanismos de controle externo é um dos aspectos inerentes ao sistema de fiscalização recíproca decorrente do Estado de Direito.

Uma vez feita a prestação de contas pela Polícia, ela pode ensejar uma série de consequências distintas. É possível que, após a prestação de contas, apenas se evidencie que a Polícia agiu corretamente dentro da lei, o que reforçará sua credibilidade perante a população. É possível que a prestação de contas evidencie uma possível falha na normatização da atividade policial e indique a necessidade de fechar tais possíveis brechas de arbitrariedade com uma disciplina normativa mais eficiente, aperfeiçoando o exercício do mandato outorgado. É possível

⁷⁴⁴ Walker, 2001:62. Segundo Finn, 2001:vii, quando o órgão de controle externo investiga todas as reclamações, o custo de manutenção dessa atividade é substancialmente mais elevado que quando ele apenas revê a investigação feita pela própria Corregedoria de Polícia, mas há o risco de eventualmente perder-se informações relevantes com uma investigação mal realizada.

⁷⁴⁵ No Brasil, há mais atritos entre o Ministério Público e a Polícia Civil do que entre o Ministério Público e a Polícia Militar. De certa forma, a Polícia Militar aceita melhor o exercício do controle externo que a Polícia Civil (especialmente em relação à carreira dos delegados de polícia). Segundo pesquisa de Sadek e Arantes, 2003, 59,2% dos delegados de polícia, de 9 Estados pesquisados em 2002, consideram a interferência do Ministério Público na atividade policial como um obstáculo relevante às suas atividades, contra 37,7% que não conferem tal significado. Ainda 78,6% dos entrevistados consideram o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público como pouco importante ou sem importância para melhorar o funcionamento da Polícia Civil. Finalmente, quando indagados sobre a qualidade da relação da Polícia com outras instituições, o Ministério Público foi a instituição com a pior avaliação de relacionamento (30,1% a considera ruim ou péssima, e 26,7% a considera nem boa nem ruim). Em sentido semelhante, B.A. Machado, 2011:20, traz pesquisa sócio-jurídica qualitativa realizada com profissionais do DF em 2008 (da qual também participamos como coordenadores da pesquisa), na qual demonstra que a maioria dos oficiais da PM entrevistados (62,7%) entende que o controle externo do MP não significa uma ingerência indevida no trabalho da Polícia, enquanto que apenas 36,8% dos delegados de polícia afirmaram que não configura ingerência (e 52,6% afirmaram que configura). Da mesma forma, a maioria dos oficiais da PMDF (52,1%) entende que o MP tem realizado um trabalho satisfatório no controle externo da PM, enquanto a minoria dos delegados de polícia (21%) entendem que tal controle sobre a PCDF tem sido eficiente. Tais dados permitem a conclusão de que há uma maior aceitação do exercício do controle externo da atividade policial entre os oficiais da PMDF do que entre os delegados de polícia da PCDF. Esse maior atrito pode ser explicado pela sobreposição de atribuições de direção das investigações entre ambos os cargos e deveria ser superada em favor de uma cooperação conjunta em favor de interesses comuns (a eficiência da investigação com a

que a prestação de contas indique uma má estruturação da atividade policial, uma ineficiência sistêmica, que justifique uma correção da política institucional. É possível que a prestação de contas demonstre que houve concretamente um desvio, que deve ser punido. Assim, a *accountability* é um processo que pode ter vários usos possíveis⁷⁴⁶.

Portanto, não basta haver um sistema de investigação independente dos desvios policiais. É necessário tirar as lições possíveis da constatação de determinados desvios. Ou seja, esclarecer quais foram os fatores organizacionais que favoreceram a ocorrência de determinado desvio e verificar o que pode ser feito para se evitar a reiteração desse desvio⁷⁴⁷. Pior que permitir a ocorrência de um desvio é não fazer nada para evitar sua reiteração. Em grande medida, as experiências de outras instituições com problemas semelhantes permitem se aprender com o erro alheio antes da ocorrência do erro próprio.

O processo de investigação de reclamações contra desvios policiais é uma importante ferramenta para se detectar os possíveis desvios e corrigir as possíveis falhas da atividade policial. Segundo Walker, ele pode revelar quatro informações potencialmente úteis: incidentes individuais isolados, indicar policiais problemáticos, indicar preocupações da comunidade e explicitar políticas institucionais de atuação que necessitam de revisão⁷⁴⁸.

Essa perspectiva impõe uma atuação pró-ativa do órgão de controle externo da Polícia em procurar esclarecer os motivos do desvio policial revelados na investigação, fazendo recomendações para as melhorias necessárias e fiscalizando a execução dessas recomendações, com a finalidade de promover “mudanças organizacionais”⁷⁴⁹. O processo de responsabilização individual do policial é uma importante fonte de *insights* para as mudanças organizacionais.

contenção de possíveis arbitrariedades). Sobre essa sobreposição de funções, ver comentários abaixo, na subseção 3.2.3.

⁷⁴⁶ Muniz e Proença Jr., 2007b:30. Sintetizam a ideia mais adiante (*ibidem*: 68): “uma Polícia que avalia a maneira pela qual exerce o seu mandato, como se pratica discricionariedade em seu patrulhamento ou sua investigação ou sua análise forense com vistas à melhora de seu desempenho, está fazendo *accountability*, mesmo que não a chame assim. Porque é desta forma que se pode apreciar as escolhas, resultados e consequências do exercício do mandato”.

⁷⁴⁷ Sobre a capacidade de aprendizado (captação das possíveis lições positivas do desvio revelado pela investigação para evitar sua reiteração) como um fator essencial da eficiência da atividade de controle externo, ver Walker, 2001:60.

⁷⁴⁸ Walker, 2001:94.

⁷⁴⁹ Walker, 2001:15.

Certamente a atuação do Ministério Público no exercício do controle externo da atividade policial não é uma panacéia para todos os problemas relacionados com a atividade policial. Esse é apenas um dos aspectos da possível solução do problema, com inúmeras outras variáveis: a receptividade da comunidade local à atividade policial, os níveis de criminalidade (e, portanto, até aspectos sócio-econômicos estão em jogo), a disposição política dos governantes em priorizar a contenção de eventuais abusos policiais, a edição de leis regulamentando a atividade policial, a cooperação dos dirigentes das instituições policiais, a efetiva adesão dos membros do Ministério Público para a realização do controle externo de forma apropriada, uma atuação rápida e eficiente do Judiciário em processar as ações penais e de improbidade administrativa relacionadas com o desvio policial e eventuais ações civis públicas contra os próprios Departamentos de Polícia. Mas o relevante a ser destacado é que, se o Ministério Público não atuar no exercício do controle externo da atividade policial, ela dificilmente se transformará espontaneamente em uma atuação perfeitamente vinculada à legalidade (eficiente e não arbitrária), pois a existência do controle externo é essencial à própria legitimidade da atuação policial. Portanto, o controle externo sozinho não tem condições de resolver todos os problemas relacionados ao desvio policial. Ele é uma peça da engrenagem muito maior de controle da atividade policial. Mas se o controle externo não funcionar a contento, ainda que as outras peças da engrenagem funcionem razoavelmente bem, haverá o risco concreto de que o sistema esteja fragilizado às falhas. Assim, o controle externo da atividade policial é uma garantia adicional à eficiência no controle da atividade policial, tanto para a eficiência de sua atuação quanto para a prevenção de arbitrariedades.

2.4.2 Ministério Público como uma instituição garantia no sistema constitucional brasileiro

2.4.2.1 Breve visão histórica do Ministério Público brasileiro

O Ministério Público, na estrutura como o conhecemos atualmente, teve seu berço na França, com a revolução francesa⁷⁵⁰. Curiosamente, sua origem mais remota na França

⁷⁵⁰ Essa geralmente é a origem apontada: Mazzili, 2008:36; Paes, 2003:37; Garcia, 2008:6-34; D. C. Ribeiro, 2003:23; R.R.C. Guimarães, 2008:54; Gössel, 1996:611. Há origens mais remotas no Egito antigo, em Roma e no direito medieval. Todavia, preferimos colocar a origem relevante do Ministério Público para a idade Moderna na revolução francesa, por importar em uma alteração de paradigmas da relação entre o cidadão e o Estado, passando a estruturar o Ministério Público como uma instituição incumbida de profissionalmente fiscalizar os interesses

está ligada à fiscalização pelo Rei de seus interesses privados perante os juízes (através dos conhecidos *gens du roi* e mais tarde os *procureurs du roi*), mas rapidamente passou a incluir também a defesa de interesses gerais da sociedade. Essa postura do Ministério Público enquanto defensor de interesses sociais (e não privados do rei) se consolida com a revolução francesa e a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. E esse modelo de Ministério Público francês se firmou com a legislação napoleônica e se difundiu na Europa continental, enquanto órgão do Estado com atuação perante o Poder Judiciário, normalmente equiparado funcionalmente às magistraturas, com a função de assegurar a correta fiscalização da ordem jurídica e, especialmente, do exercício da ação penal⁷⁵¹. Em 1890, o Ministério Público francês já era definido por Descamps como “uma magistratura posta perante cada corte ou tribunal para representar e defender os interesses da sociedade, velar a tudo o que interesse à ordem pública, requerer e manter a aplicação das leis e assistir as pessoas incapazes de se defender por si mesmas”⁷⁵².

É certo que nesse processo de amadurecimento institucional, os países trilharam por caminhos paralelos mas por vezes distintos. O sistema constitucional brasileiro, todavia, dotou o Ministério Público de uma arquitetura ímpar no cenário mundial, que o diferenciam como uma das instituições mais modernas.

O Brasil colônia herdou a disciplina processual de Portugal. As ordenações Afonsinas de 1447 previam a figura do “Procurador dos Nossos Feitos”. As ordenações manuelinas de 1521, além desse “Procurador dos Nossos Feitos” previa ainda a figura do “Promotor da Justiça da Casa da Sopricaçam”, esse último com atribuição para exercer a ação

sociais perante o poder judiciário, especialmente de promover a ação penal pública. Ainda que o Ministério Público português tenha sido criado antes do Ministério Público francês (o Procurador do Rei foi criado em Portugal em 1289 por Afonso III, tendo como função zelar pelos interesses do fisco, e que evoluiu nas ordenações filipinas para ser um magistrado que exercia o múnus de promotor de Justiça, enquanto os *gens du roi* foram criados em 1302 por Felipe, o Belo), essa profissionalização da instituição, com sua separação do Judiciário, apenas ocorreu em Portugal com o Decreto de 15 de dezembro de 1835, sob influência do sistema francês, o que justifica o apontamento de que o Ministério Público francês pós revolução francesa foi o embrião moderno do Ministério Público. Inclusive a expressão “Ministério Público” tem origem na França (Mazzili, 2008:37).

⁷⁵¹ Sobre a evolução histórica do Ministério Público e sua relevância para a construção do estado democrático de direito, ver Paes, 2003.

⁷⁵² Descamps, 1890:7.

penal. As Ordenações Filipinas de 1603 previram que o promotor de justiça da Casa da Suplicação seria um dos desembargadores integrantes da Casa da Suplicação⁷⁵³.

Especificamente na legislação do Brasil colônia, com a criação do Tribunal da Relação do Brasil, na Bahia, pelo Alvará de 7 de março de 1609, foi feita alusão ao Procurador dos feitos da Coroa, Fazenda e Fisco e ainda do promotor de justiça. Com a criação de novos Tribunais de Relação em outros estados brasileiros, foram criados novos cargos de Procuradores perante esses tribunais. Desde seu início, o Ministério Público estava fortemente ligado à defesa de interesses do Estado (fisco) ao lado da atividade de promoção da ação penal.

Na fase imperial, a Constituição de 1824 não fez referência expressa ao Ministério Público, o seu art. 163 previu a criação do Supremo Tribunal de Justiça sendo que diante da omissão seguiu-se a praxe de indicar um de seus membros para exercer as funções de Procurador da Coroa, portanto chefe do Ministério Público. O Código de processo criminal de 1832 fez breve referência ao “promotor da ação penal” (art. 37), mas ainda admitia a ação penal por qualquer do povo (art. 74), o que diminuiu a relevância dessa figura. Nessa época os Promotores Públicos eram livremente nomeados e demitidos pelo Imperador, permitindo-se a nomeação de interinos pelo juiz (Lei n. 261/1841). A verdadeira configuração do Ministério Público, ao menos no aspecto formal, como uma instituição orgânica, ocorreu com os Decretos n. 848, de 11 de outubro de 1890 (que regulamentou a Justiça Federal), o Decreto n. 1.030, de 14 de novembro de 1890, (que organizou a justiça do Distrito Federal). Ainda assim, como pondera Garcia, “na fase colonial e monárquica, o Ministério Público não era propriamente uma Instituição, mas um aglomerado de atribuições que recaía sobre agentes dissociados entre si e que não gozavam de quaisquer garantias, sendo nítida a subordinação à Chefia do Executivo”⁷⁵⁴. Também a Polícia, nessa época, estava intimamente ligada à estrutura do Poder Judiciário, já que o juiz tinha a função de investigar e, para tanto, dispunha da Polícia (tanto que o Chefe de Polícia era necessariamente um juiz⁷⁵⁵).

⁷⁵³ Para uma visão histórica do Ministério Público no Brasil, ver D.C. Ribeiro, 2003; Garcia, 2008:28-35; Paes, 2003:167 *et seq*; Jatahy, 2007:17-32; Santin, 2007:195-198; R.R.C. Guimarães, 2008:53-60; E.C. Silva, 2010:91-93.

⁷⁵⁴ Garcia, 2008:31.

⁷⁵⁵ R.R.C. Guimarães, 2008:43, referindo-se ao disposto nos art. 16 a 18 do Código de Processo Criminal do Império.

Com a proclamação da República, a Constituição de 1891 previu, dentro da seção do Poder Judiciário, que o Procurador-Geral da República seria escolhido dentre um dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 58, § 2º). Nesse período cada Estado membro da federação passou a ter autonomia para estruturar o processo de escolha de seu Procurador-Geral, normalmente seguindo-se o paralelismo com o nível federal; passou-se a difundir a estruturação do Ministério Público nos estados. A Constituição de 1934 foi a primeira a disciplinar a estrutura do Ministério Público; ainda que o associando ao Poder Executivo, deu-lhe individualidade própria, no capítulo VI “Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais” (art. 95 a 98). O Procurador-Geral da República passou a poder ser designado dentre quaisquer cidadãos “com os requisitos estabelecidos para os ministros da Corte Suprema”, e seus membros passaram a ser nomeados por concurso público e a terem estabilidade no cargo.

A Constituição de 1937 não dispensou tratamento específico ao Ministério Público, apenas prevendo a forma de escolha do Procurador-Geral (que, da mesma forma, deveria ter os mesmos requisitos para o cargo de Ministro do STF, cf. art. 99), que o Ministério Público poderia interpor recursos (art. 101, parágrafo único) e a possibilidade de acesso do Ministério Público aos Tribunais Superiores mediante o quinto constitucional (art. 105). Posteriormente, o Decreto-Lei n. 986/1938 organizou o Ministério Público Federal.

Grande concretização das atribuições do Ministério Público deu-se com o advento do Código de Processo Civil de 1939 e do CPP de 1941. No processo civil, o Ministério Público se consolidou como fiscal dos interesses coletivos (aí incluída a defesa dos hipossuficientes) e órgão de defesa dos interesses indisponíveis⁷⁵⁶. No processo penal, o Ministério Público se consolidou como órgão de promoção privativa da ação penal e de acompanhamento obrigatório das investigações policiais. Nesse sentido, previu-se a atribuição do Ministério Público para requisitar instauração de inquérito policial (CPP, art. 5º, II), requisitar diligências investigativas à Polícia (art. 13, II e art. 16), previu-se a regra geral de que a ação penal pública será promovida privativamente por denúncia do Ministério Público (art. 24 e art.

⁷⁵⁶ O CPC de 1973 previu em seu art. 82 a legitimidade para o Ministério Público intervir em todas as causas em que (i) houver interesse de incapazes, (ii) concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade e (iii) todas as causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou a qualidade da parte (tendo a Lei n. 9.415/1996 posteriormente acrescentado a esse último inciso a obrigatoriedade de intervenção nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural).

257, I), a atribuição do Ministério Público para receber notícia de crimes de particulares (art. 27) ou de tribunais (art. 40), a possibilidade de o Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito policial, com possibilidade de o juiz impugnar essa manifestação com recurso ao Procurador-Geral de Justiça, que se manifestará de forma definitiva sobre o tema (art. 28 – ou seja, a decisão sobre o ajuizamento da denúncia será sempre privativa do Ministério Público), previsão da ação penal privada subsidiária da pública (art. 29) e da obrigação de o Ministério Público intervir na ação privada propriamente dita (art. 45), a possibilidade de o Ministério Público receber representação da vítima (art. 39, *caput*), possibilidade de o Ministério Público dispensar instauração de inquérito policial se já receber todas as informações suficientes para o ajuizamento da denúncia (art. art. 39, § 5º e art. 46, § 1º), poder de o Ministério Público requisitar diretamente de órgãos públicos esclarecimentos, documentos ou novos elementos de convicção (art. 47) e, de forma mais geral, a atribuição do Ministério Público de atuar sempre como fiscal da execução da lei no processo penal (art. 257, II).

A Constituição de 1946 avançou na estruturação do Ministério Público em seus art. 125 a 128, prevendo uma inamovibilidade relativa e necessidade de concurso para provimento de seus membros (art. 127), participação do Senado Federal na escolha do Procurador-Geral da República, manutenção da regra do quinto constitucional para a Justiça Estadual (art. 124, V) e sua participação na composição do Tribunal Federal de Recursos (art. 103). Todavia, ainda se manteve a representação judicial da União pelo Ministério Público Federal (art. 126, parágrafo único). Essa representação judicial da União pelo MPF foi mantida pela Lei n. 1.341/1951, que estruturou o Ministério Público da União (art. 34, III e V). A Constituição de 1967, sem alterações significativas, disciplinou o Ministério Público dentro do capítulo sobre o Poder Judiciário (art. 137 a 139). A Emenda n. 01/1969 (praticamente uma nova constituição), disciplinou o Ministério Público dentro do capítulo sobre o “Poder Executivo”.

Sob a égide da Constituição de 1969 foi editada a LC n. 40/1981, que estruturou em âmbito nacional o Ministério Público brasileiro. Segundo Garcia, as principais inovações dessa legislação foram⁷⁵⁷: (a) O Ministério Público foi considerado Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado; (b) a fixação dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da autonomia funcional; (c) a outorga de autonomia administrativa e

⁷⁵⁷ Garcia, 2008:34.

financeira à Instituição, com a previsão de dotação orçamentária própria; (d) o redimensionamento do cargo de Procurador-Geral, que, até então, era considerado um cargo de confiança, sendo o seu ocupante demissível *ad nutum* pelo Chefe do Executivo; e (e) a não inclusão nas atribuições do Ministério Público dos estados da representação judicial destes. Esse novo perfil institucional de 1981 foi em grande medida seguido na carta constituinte de 1988⁷⁵⁸.

Na sequência, a Lei n. 7.347/1985, previu a atribuição do Ministério Público de ajuizar a ação civil pública (ACP) de responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como de intervir obrigatoriamente no processo se não for o autor da ação. Para exercer essas atribuições, conferiu-se ao Ministério Público a possibilidade de instaurar um inquérito civil público – ICP, destinado a permitir que o Ministério Público diretamente realize as investigações necessárias a subsidiar-lhe a propositura da ACP. Essa lei abriu um leque de opções de atuação do Ministério Público na defesa de interesses difusos e coletivos, inclusive mediante ações contra o próprio Estado e começou a forjar uma novo perfil institucional voltado a uma postura ativa na defesa dos interesses sociais.

Finalmente, durante os trabalhos preparatórios da Constituinte, foi elaborada a Carta de Curitiba, em 1986, que sintetizou as aspirações dos diversos ramos do Ministério Público quanto à sua configuração constitucional, sugestões que foram em grande parte acolhidas pelo Constituinte.

Durante sua evolução, o Ministério Público teve tratamento constitucional oscilante, ora sendo disciplinado dentro de Poder Legislativo⁷⁵⁹, ora dentro do Poder Judiciário⁷⁶⁰, ora no Executivo⁷⁶¹, e ainda como uma instituição autônoma e independente⁷⁶². Todo esse processo é indicativo de uma progressiva maturação histórica da instituição do Ministério Público, que se originou de um misto de órgão do Poder Executivo ou de apêndice do Poder Judiciário, para se tornar hoje um verdadeiro defensor da sociedade, um agente de

⁷⁵⁸ Segundo R.R.C. Guimarães, 2008:58, essa lei foi uma “ponte de passagem” para a consolidação do perfil institucional do Ministério Público na CRFB/1988.

⁷⁵⁹ Constituição de 1824, art. 48.

⁷⁶⁰ Constituição de 1891, art. 58, § 2º; Constituição de 1937, art. 99; Constituição de 1967, art. 137 e 139.

⁷⁶¹ Constituição de 1969, art. 94 e 96.

⁷⁶² Constituição de 1934, art. 95; Constituição de 1946, art. 125 e 128; e CRFB/1988, art. 127.

transformação social destinado a diminuir o hiato entre a realidade e o projeto constitucional. Há uma verdadeira vocação democrática na evolução do Ministério Público brasileiro.

2.4.2.2. O paradigma constitucional brasileiro atual

A disciplina do Ministério Público na Constituição Brasileira de 1988 é feita sob o capítulo IV “Das funções essenciais à Justiça”, afastando-o, portanto, de qualquer vinculação funcional a qualquer dos outros poderes constituídos. A Constituição previu que o Ministério Público brasileiro é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CRFB/1988, art. 127, *caput*). Suas funções estão atreladas, portanto, com os próprios objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, indicados no art. 3º da CRFB/1988: criação de uma sociedade justa, livre e solidária, erradicação das pobreza e diminuição das desigualdades sociais. Para tanto, incumbiu o Ministério Público de um conjunto de garantias que lhe permitam ter a liberdade de defender tais interesses superiores, inclusive contra o próprio Estado.

Entre essas garantias estão a absoluta independência funcional da instituição em relação ao Poder Executivo, bem como a independência funcional de seus membros em relação à hierarquia da instituição, estando o membro do Ministério Público sujeito apenas à lei e sua consciência (CRFB/1988, art. 127, § 1º, *in fine*)⁷⁶³ e a autonomia funcional e administrativa da instituição (art. 127, § 2º), com previsão de proposta orçamentária própria (art. 127, §§ 3º a 6º), para se assegurar que o Ministério Público não fique subordinado interesses políticos do governante e não esteja vulnerável a retaliações por ações contrárias a tais interesses. Os seus cargos serão providos mediante concurso público de provas e títulos (art. 127, § 2º e art. 129, § 3º) e o exercício das funções da carreira será privativo de seus integrantes (art. 129, § 2º),

⁷⁶³ Sobre a independência funcional do membro do Ministério Público (como um princípio oposto ao da obediência hierárquica), Mazzili, 2008:71, argumenta: “não se pode determinar ao membro do Ministério Público: peça a procedência ou improcedência, recorra ou deixe de recorrer, opine desta ou daquela forma”. Sobre as balizas dessa atividade, ver Garcia, 2008:63-75. Obviamente, os limites da independência funcional são dados pela delimitação da atribuição de atuação do membro do Ministério Público (e, portanto, pela solução dos eventuais conflitos de atribuições), pelos mecanismos internos de revisão de manifestações (como a aplicação do art. 28 do CPP ou a não homologação de arquivamento de ICP com determinação de ajuizamento de ACP) e ainda pela expedição de recomendações de atuação pelo órgão de coordenação institucional (Procurador-Geral nos Estados ou as Câmaras de Coordenação e Revisão no MPU), que, ainda que não obrigatórias, criam um dever ético de adesão a uma política institucional (ressalvada a possibilidade de discordar mediante fundadas razões).

vedando-se a possibilidade de designação do promotor *ad hoc*. Seus membros terão as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios (art. 128, § 5º, I), com a vedação de exercerem a advocacia, de exercerem outras funções públicas (salvo uma de magistério) e outras limitações (art. 128, § 5º, II). De forma especial, vedou-se ao Ministério Público exercer a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (art. 129, IX), separando-o definitivamente da defesa dos interesses do governo, para se tornar acima de tudo um órgão de defesa dos interesses da sociedade, ainda que contra os interesses dos governantes. Ao Ministério Público foi concedida a equiparação das garantias de proteção da magistratura judicante (art. 129, § 4º), podendo-se dizer que o Ministério Público brasileiro, apesar de não ser integrante do Poder Judiciário, goza das mesmas garantias de independência funcional que um juiz.

No âmbito das atribuições do Ministério Público, na parte criminal compete ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I), o que positiva no Brasil o princípio acusatório, e, no âmbito da investigação criminal, compete ao Ministério Público conduzir investigações próprias (art. 129, VI), exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar (art. 129, VII), requisitar diligências investigativas e a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações (art. 129, VIII). No âmbito cível, cabe ao Ministério Público zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e pelos serviços de relevância pública aos direitos fundamentais, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, II), promover inquérito civil público e ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III), promover ação de inconstitucionalidade e representação para intervenção federal (art. 129, IV), defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V) e outras atribuições que lhe forem conferidas pela lei, compatíveis com sua finalidade institucional (art. 129, IX). De forma mais abrangente, o Ministério Público se consolidou como o titular exclusivo da ação penal, o fiscalizador e dirigente mediato da atividade investigativa criminal e como o órgão de fiscalização de todos os interesses sociais e individuais indisponível, atuando como verdadeiro *ombudsman* social⁷⁶⁴.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 incluiu na CRFB/1988 o art. 130-A, para disciplinar o Conselho Nacional do Ministério Público, composto majoritariamente por membros

⁷⁶⁴ Jatahy, 2007:29; Ferraz, 1997:46; Mazzili, 1991:281.

do Ministério Público brasileiro, sendo este o órgão de controle externo das atividades do Ministério Público.

Ademais, várias outras disposições constitucionais estabelecem regras relativas à instituição do Ministério Público, entre as quais destacam-se a competência exclusiva do Congresso Nacional para legislar sobre a organização do Ministério Público da União (incluído o do Distrito Federal e Territórios) (art. 48, IX), diversas atribuições do Procurador-Geral da República como a de representar pela intervenção federal nos Estados no caso de violação a princípios sensíveis ou de recusa ao cumprimento de lei federal (art. 36, III e IV) e ajuizar a ação de inconstitucionalidade (art. 103, VI e § 4º), o processo de escolha do Procurador-Geral da República, com indicação pelo Presidente da República e aprovação pelo Senado Federal (art. 52, III, “e” e art. 84, XIV), a configuração de crime de responsabilidade do Presidente da República qualquer atentado contra o livre exercício das atribuições do Ministério Público (art. 85, II), participação do Ministério Público na composição dos Tribunais mediante o quinto constitucional (art. 94, 104, parágrafo único, II, art. 107, I, art. 111, §§ 1º, I e 2º, art. 115, parágrafo único, II e art. 123, parágrafo único, II), previsão de foro por prerrogativa de função aos membros do Ministério Público (art. 96, III, art. 102, I, “b”, art. 105, I, “a”, art. 108, I, “a”), entre outros⁷⁶⁵.

Especificamente quanto à atribuição de exercer o controle externo da atividade policial, a interpretação desse dispositivo não pode ser dissociada do contexto histórico de sua construção e de sua finalidade à luz desse contexto. O Brasil experimentou um período de exceção durante a ditadura militar, após 1964, tendo durante esse período florescido uma cultura de violações sistêmicas de direitos fundamentais pelos órgãos policiais, que atuavam a serviço dos interesses políticos dos ditadores, especialmente através da tortura sistemática, do desaparecimento forçado de pessoas, de esquadrões da morte e da difusão de práticas ilegais como técnicas de investigação⁷⁶⁶. A sociedade brasileira ansiava pela implementação de uma nova ordem social fundada efetivamente no primado do respeito da dignidade da pessoa humana, e para tanto era necessário criar-se uma instituição apta a evitar a persistência de tais práticas de violação de direitos fundamentais no âmbito da atividade policial. Era necessário controlar a Polícia, fiscalizar sua atividade, assegurar que houvesse um novo conceito de segurança pública

⁷⁶⁵ Para uma lista completa de todas as referências constitucionais ligadas ao Ministério Público (inclusive as transitórias), ver Garcia, 2008:38-40.

⁷⁶⁶ Ver comentários acima, item 1.3.1.1.

direcionado à proteção das pessoas e não do sistema, e que os eventuais desvios fossem efetivamente investigados e que houvesse efetiva responsabilização. A instituição eleita pela CRFB/1988 para exercer essa atividade foi o Ministério Público⁷⁶⁷.

2.4.2.3 O Ministério Público como uma “instituição garantia” dos direitos fundamentais e como agente de transformação social

A configuração constitucional do Ministério Público como um órgão independente de quaisquer formas de ingerência por outros poderes acaba por colocá-lo na posição de um órgão primário do Estado, sendo seus membros equiparados a agentes políticos⁷⁶⁸.

Sem adentrar na discussão sobre a qualidade de o Ministério Público ser ou não um poder do Estado, o fato é que a Constituição previu a existência de três poderes (executivo, legislativo e judiciário) e não incluiu formalmente o Ministério Público em nenhum desses, qualificando-o como “função essencial à Justiça”⁷⁶⁹. Apesar de não ser formalmente um poder, o Ministério Público ostenta as prerrogativas de independência orgânica que permitem,

⁷⁶⁷ Documentando a mudança de postura de atuação do Ministério Público, do “Promotor de Gabinete” para um agente de transformação social, ver C.A. Silva, 2001.

⁷⁶⁸ H.L. Meirelles, 2003:72. Para Meirelles, o Ministério Público está colocado como órgão independente ao lado das casas parlamentares, dos Chefes do Executivo nos vários níveis de governo, dos Tribunais e juízes e dos Tribunais de Contas. Curiosamente, Di Pietro, 2001:416, classifica o Ministério Público como um órgão autônomo, subordinado diretamente à chefia dos órgãos independentes, mas simplesmente não esclarece a qual suposto órgão independente o Ministério Público estaria subordinado. A nosso ver a classificação de Meirelles é mais adequada à realidade, pois a única ingerência do Poder Executivo sobre o Ministério Público é sua participação (juntamente com o legislativo) no processo de escolha do Procurador-Geral, situação que não chega a configurar subordinação institucional (já que idêntico processo também existe na escolha dos Ministros do STF, de livre indicação, e STJ, na escolha dos indicados em lista tríplice).

⁷⁶⁹ Segundo Valladão, 1973, se Montesquieu houvesse escrito hoje seu Espírito das Leis, teria previsto a existência de um quarto poder, o poder de defender a sociedade e a lei perante a Justiça, de fiscalizar o respeito à ordem jurídica, partindo a lesão de onde quer que seja (inclusive do próprio Estado). Para Mazzili, 2008:64, o Ministério Público foi configurado pela Constituição como um “quase quarto poder”, apesar de reconhecer que suas funções são materialmente administrativas (pois, por exclusão não são nem jurisdicionais nem legislativas). Moraes, 2007:397, também classifica o Ministério Público como uma função estatal, ao lado dos três poderes tradicionais. Pertence, 1988:261-263, afirma que o Ministério Público não é um quarto poder, exercendo funções executivas, apesar de ter “um *status* e prerrogativas de verdadeiro poder” e ter “uma autonomia quase corporativa”. D.C. Ribeiro, 2003:34, fala que o Ministério Público seria um “onitorinco jurídico”, impossível de ser reconduzido à divisão tripartite de Montesquieu por ter suas especificidades próprias. Paes, 2003:261 afirma que “é evidente que a instituição se encontra em uma posição de equilíbrio dentro do referido sistema político nem estritamente dependente dos poderes do Estado nem desligada deles”. Garcia, 2008:40 e 52, apesar de reconhecer nas funções ministeriais uma natureza administrativa (promoção, fiscalização), conclui que mais relevante que classificar o Ministério Público como um quarto Poder é reconhecer que essa instituição efetivamente tenha condições de independência para realizar sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica. Roxin, 2007:16, citando precedente do Trubinal Supremo alemão, reconhece no Ministério Público “um órgão de administração da justiça equivalente ao juiz”, incluindo-o no “terceiro poder”.

efetivamente, o exercício de seus deveres constitucionais de forma independente, como se fosse um poder autônomo, mas submetidos a instrumentos específicos de controle (como o CNMP). Trata-se de uma instituição com independência dos poderes executivo e legislativo, que está acima das querelas partidárias. Sua independência é coroada com a inamovibilidade, ou seja, a impossibilidade de ser retirado do exercício de suas funções, exceto nas situações muito excepcionais ser afastado da função por decisão administrativa qualificada ou de perder o cargo através de decisão judicial. Essa independência do Ministério Público é um meio para a realização de suas atividades, de grande fiscal dos interesses públicos da sociedade (interesse público primário), ainda que contrapostos ao interesse público dos governantes (interesse público secundário)⁷⁷⁰. Sua existência é uma garantia da eficácia das promessas constitucionais.

Com efeito, a moderna técnica dos direitos fundamentais reconhece que não é suficiente enunciar direitos, é necessário estabelecer garantias destinadas a assegurar que tais direitos sejam efetivamente respeitados, porque haverá situações em que eles serão discutidos e eventualmente violados⁷⁷¹. O processo constitucional brasileiro é fruto dos conflitos e discussões de classes que marcaram o processo constituinte. O resultado desse labor foi um texto

⁷⁷⁰ Sobre essa posição do Ministério Público como uma garantia de atuação do sistema judicial perante as causas de interesse social (Judiciário como magistratura inerte e Ministério Público como uma forma de magistratura *pro societate*, com poder de iniciativa do Judiciário), ver o clássico comentário de Pertence, 1988:261 e 266 “Seu papel fundamental é, e continuará sendo, uma decorrência da característica fundamental de ser o Poder Judiciário um Poder inerte, vale dizer, um Poder sem iniciativa. E de existirem interesses em cujo âmbito se tende a ampliar, em relação aos quais o exercício da ação, o exercício do direito de ação não de pôde deixar à disposição das partes. Aí está o papel fundamental do Ministério Público. É mantida a inércia do Poder Judiciário, considerada requisito indispensável à sua imparcialidade, criar-se, exigir-se um órgão público capaz de exercer a ação quer na área penal, quer em âmbito que se amplia na área civil, ou intervir no processo entre partes na defesa daqueles interesses – repita-se – que não se deixaram à disposição dos interessados. É esse patrocínio desinteressado de interesses públicos, ou essa proteção desinteressada, mesmo de interesses privados, mas aos quais se quis dar proteção especial, que justificam o papel do Ministério Público. [...] é porém, na definição das funções institucionais que a Constituinte se abre a um enorme desenvolvimento do papel ministerial. Eu dizia ontem, no Supremo Tribunal, que nunca se confiou tanto, e ao mesmo tempo se exigiu tanto do Judiciário, quanto na futura Constituição do Brasil. E isso levou a um imenso fortalecimento da instituição do Ministério Público. Na medida em que a Constituição, a meu ver acertadamente, de um lado deu ênfase em particular à temática dos Direitos Coletivos e dos Direitos Sociais e de outro adotou a fórmula que, para proteção jurisdicional de toda essa gama de interesses coletivos e direitos coletivos que começam a ganhar cidadania, a fórmula que parece a mais adequada da dupla titularidade, já abriga de um lado a sociedade civil e de outro a de um órgão público, o Ministério Público. É essencialmente o órgão mais adequado ao assumir essas funções”. Mazzilli, 2008:130, qualifica o Ministério Público como verdadeiro defensor do povo. No mesmo sentido, Celso de Mello qualifica o Ministério Público como defensor do povo, conforme voto proferido em: STF, MS 2.239/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 5 jun. 1991, DJU 23 abr. 1993. Curiosamente, esse precedente reconheceu que nem mesmo o Presidente da República pode usurpar atribuições do Procurador-Geral da República, indicando claramente a independência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo.

constitucional rico em previsões de direitos sociais e de expectativas de alteração das bases dos fundamentos da própria convivência coletiva, em favor de um novo modelo de Justiça Social, guiada pelo valor básico da dignidade da pessoa humana e estruturada num complexo sistema de direitos fundamentais. Mas o projeto constitucional não foi de mera alteração da ordem legal, pois como pondera Afonso da Silva a própria ideia de Estado Democrático de Direito abrange não apenas uma promessa de organização do Estado, mas “incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”⁷⁷². A missão constitucional do Ministério Público está ligada à concretização dessa revolução constitucional direcionada à justiça social.

As *garantias institucionais* destinam-se a, em um conjunto jurídico-normativo, regular um determinado setor da realidade econômica, social ou administrativa em torno de um direito fundamental e em vista da sua realização⁷⁷³. A ideia de garantia institucional está ligada à existência de uma série de institutos jurídicos destinados a garantir a proteção dos direitos fundamentais e do sistema constitucional. Por exemplo, são apontadas como garantias institucionais dos direitos fundamentais a sua imutabilidade via reforma constitucional, o controle de constitucionalidade pelos Tribunais, e a exigência de legalidade da ação estatal para legitimar a restrição de direitos fundamentais⁷⁷⁴. Nessa mesma linha, a doutrina nacional tem caminhado para reconhecer o Ministério Público brasileiro como uma “instituição garantia”, ou seja, uma instituição cuja existência está diretamente ligada à proteção do sistema de direitos fundamentais (a instituição em si é uma garantia)⁷⁷⁵.

O Ministério Público é, portanto, uma instituição constitucionalmente vocacionada à defesa da Constituição e de seus valores, mesmo contra as eventuais tendências do governo ou de maiorias ocasionais. Uma instituição tendente à concretização da promessa dos direitos sociais enunciados na Constituição, à emancipação das classes sociais historicamente negligenciadas. Considerando todo o arcabouço de garantias fundamentais previstas na Constituição, e do papel especial reservado ao Poder Judiciário na proteção jurídica das violações a direitos fundamentais, mas limitado à sua inércia, foi necessário criar uma instituição que

⁷⁷¹ Sobre a tradicional divisão entre direitos e garantias, ver J.A. Silva, 2002:185; Moraes, 2007:28; Canotilho, 2003:396. No fundo, as garantias são direitos instrumentais, destinados à proteção dos direitos e liberdades primários.

⁷⁷² J.A. Silva, 2002:119.

⁷⁷³ J.C.V. Andrade, 2001:139.

⁷⁷⁴ Pérez Royo, 1998:342.

assumisse para si a responsabilidade realizar gestões junto ao Poder Executivo para assegurar a concretização da legalidade e a implementação dos direitos sociais constitucionalmente previstos e de levar ao Poder Judiciário as demandas sociais, de forma a assegurar que o hiato entre a realidade social e o projeto de realidade desenhado pela Constituição seja o menor possível. Assim, o Ministério Público é a instituição pública encarregada de fiscalizar o respeito ao sistema de direitos fundamentais, e de levar de forma ativa as demandas de interesse social ao conhecimento do Poder Judiciário, e de atuar de forma ativa na fiscalização do projeto constitucional. Para além da tradicional função “demandista”, há uma consolidação da função “resolutiva” do Ministério Público, em promover diretamente (em atuação extrajudicial) entendimentos e gestões tendentes à resolução de problemas, atuando como um relevante “catalizador jurídico” para que o Estado ou outras instituições da sociedade venham aderir ao projeto constitucional de justiça social⁷⁷⁶. Exemplo relevante são os constantes Termos de Ajustamento de Conduta celebrados entre o Ministério Público e instituições públicas ou privadas para assegurar que essas instituições venham aderir ao modelo legal, sob pena de ações concretas de responsabilização pelo Ministério Público, e que acabam tendo um relevante efeito de propulsão de alteração de práticas institucionais⁷⁷⁷. Na esfera de promoção de ações coletivas para defesa de interesses indisponíveis, apesar de o Ministério Público não ser a única instituição legitimada a tanto, é sem dúvidas a mais ativa, o que o torna um ator essencial na concretização judicial dos interesses sociais⁷⁷⁸. Assim, o Ministério Público é uma instituição que é, ela mesma, uma garantia de concretização do projeto de sociedade justa desenhado pelo sistema constitucional de direitos fundamentais.

Essa característica do Ministério Público fica explícita do indicado no art. 127, *caput*, da CRFB/1988, que indica ser função institucional do Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis (todos eles ligados a aspectos jusfundamentais), bem como explicitado no art. 129, II, que indica ser

⁷⁷⁵ Bonavides, 2006:537; Suxberger, 2010:176.

⁷⁷⁶ Sobre essa postural resolutiva do Ministério Público, ver A.A. Machado, 2000:141; G.A. Almeida, 2010:13; A.A.M.C. Ferraz, 1997. Sobre a necessidade de se incorporar um viés emancipatório e garantidor no próprio conceito de direito, v. B.S. Santos, 2005.

⁷⁷⁷ Na expressão de J.G. Rodrigues, 2012, há um verdadeiro “Ministério Público resolutivo” de demandas sociais.

⁷⁷⁸ G.A. Almeida, 2010:15, refere que 90% das ações civis públicas por direitos coletivos são promovidas pelo Ministério Público, indicando que há uma fragilidade da democracia brasileira (inatividade de outras instituições sociais) e uma relevância acentuada na atividade do Ministério Público para a concretização do projeto constitucional.

atribuição do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”. Esse dispositivo revela a essência da instituição ministerial, qual seja, uma instituição destinada a agir de forma ampla para a defesa dos direitos previstos na Constituição (o sistema de direitos fundamentais)⁷⁷⁹. O Ministério Público atua como um representante dos interesses dos cidadãos perante os órgãos do Estado, um elo de ligação entre a sociedade civil e os três poderes tradicionais, no exercício de uma verdadeira função política de canalizar demandas populares de interesse coletivo⁷⁸⁰. Na tradicional divisão entre sociedade e Estado, o Ministério Público pende para a defesa dos interesses da sociedade, não do Estado (ou do interesse público primário e não do secundário). E sua atuação volta-se não apenas em face à Administração Pública em geral, mas também em relação ao próprio Poder Judiciário, atuando perante tal poder como um fiscal constante dos interesses públicos primários (pertencentes à sociedade, ainda que eventualmente não acolhidos pelo governo, como os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos)⁷⁸¹.

A função de defesa da ordem jurídica está intimamente ligada à defesa da democracia e dos princípios inerentes ao Estado de Direito. Em sua atuação cotidiana, o Ministério Público deve reforçar a garantia da força normativa da Constituição, numa atividade constante de assegurar que as instituições estatais e sociais estejam alinhadas a esse arcabouço de garantias fundamentais, inclusive e especialmente as instituições policiais.

A origem do projeto de Ministério Público está ligada à consciência do legislador constituinte do grande desafio de concretizar o projeto constitucional do Estado

⁷⁷⁹ Mazzili, 2008:65, qualifica o Ministério Público como “órgão de proteção das liberdades públicas constitucionais, dos direitos indisponíveis e do contraditório penal”.

⁷⁸⁰ Afirma Casagrande, 2008:272: “Mais do que uma porte de entrada ao sistema judicial, o Ministério Público se transformou em uma porta de acesso a participação política da cidadania organizada, que através dele pode encaminhar suas demandas sociais para solução pelo sistema político. Funcionando como um organismo estatal dissociado e independente dos demais poderes, a função política do Ministério Público é a de absorver, ordenar e encaminhar ao sistema política, os reclamos da população que lhe chagam como 'denúncias', 'requerimentos', 'pedidos de providência' e 'representações' contra os poderes públicos. Ou, sob a perspectiva desenvolvida acima, o Ministério Público pode dar impulso e força aos 'fluxos de deliberação' que culminarão, no sistema de freios e contrapesos, na tomada de decisões políticas, sejam judiciais, legislativas ou administrativas”. Sobre o membro do Ministério Público como “agente político”, com uma “função alavanca” dos direitos fundamentais, ver Ferraz, 1997:95-98.

⁷⁸¹ O Ministério Público deve atuar, inclusive, em relação a práticas jurisdicionais reiteradas que eventualmente violem direitos fundamentais. Em Portugal, defendendo que o Provedor de Justiça possui competência para atuar nessa área: A.S. Dias, e Aguiar, 2008:27.

Brasileiro (enquanto também Estado Social de Direito) e sua intenção de configurar uma nova instituição em independência dos demais poderes (ou funções estatais), atribuindo-lhe a função de assegurar que o texto constitucional não se tornasse letra morta, transformando o Ministério Público em verdadeiro agente de transformação social⁷⁸². Assim, a missão constitucional do Ministério Público não é outra que não assegurar a própria concretização dos objetivos fundamentais do País, previstos no art. 3º da CRFB/1988: “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Essa função constitucional de defensor da ordem jurídica possui alguma proximidade com instituições constitucionais análogas de outros países, como o Provedor de Justiça no sistema português, do *Defensor del Pueblo* no sistema espanhol e do *Défenseur des Droits* na França.

Em Portugal, o Provedor de Justiça, previsto no atual art. 23 da CRP/1976, possui competência para apreciar, sem poder decisório, as queixas por ações ou omissões dos poderes públicos que os cidadãos lhe apresentem, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças, bem como a atribuição de agir de ofício em relação a tais temas. Entre suas atribuições estão a de realizar visitas de inspeção a estabelecimentos prisionais civis ou militares, ou a quais quer entidades sujeitas ao seu controle, ouvindo os respectivos órgãos e agentes e pedindo informações, bem como a exibição de documentos, que reputar convenientes (art. 21.1.a do Estatuto do Provedor) e o de proceder a todas as investigações e inquéritos que considere necessários ou convenientes, podendo adotar, em matéria de recolha e produção de provas, todos os procedimentos razoáveis, desde que não colidam com os direitos e interesses legítimos dos cidadãos (art. 21.1.b do Estatuto do Provedor) e o de procurar, em colaboração com os órgãos e serviços competentes, as soluções mais

⁷⁸² Sobre o tema, discorre Suxberger, 2010:174: “a permanência do Ministério Público, tal como fixada no texto constitucional brasileiro, aponta, desde logo a necessidade de compreender que, num contexto de lutas mais amplo, tardou – e muito – ao Estado brasileiro reconhecer a necessidade de fixar uma instituição, em patamar de igualdade com as instituições (ou Poderes, como usualmente se afirma) encarregadas das funções estatais primordiais, incumbida de tanto promover a efetivação de um programa constitucional como o brasileiro, quanto de fiscalizar a atuação responsável das demais instituições e órgãos destinados a implementar funções estatais. A promoção de tais interesses, por evidente, atenda a uma razão de manutenção do próprio Estado, mas igualmente, a

adequadas à tutela dos interesses legítimos dos cidadãos e ao aperfeiçoamento da ação administrativa (art. 21.1.c do Estatuto do Provedor). Atua como verdadeiro *ombudsman*, e configura uma garantia indireta de proteção dos direitos fundamentais⁷⁸³.

A atuação do Ministério Público brasileiro também possui similitude, no âmbito espanhol, à atuação do Defensor do Povo, previsto no art. 54 da Constituição Espanhola de 1978, que possui a atribuição de defender os direitos fundamentais e, para tanto, poderá supervisionar a atividade da Administração Pública, incluindo-se nessa atividade de supervisão os poderes a investigação dos atos da Administração Pública. Uma de suas atividades é apresentar um relatório anual ao Parlamento sobre o estado de seus trabalhos, denunciado as eventuais violações de direitos praticadas pelo Executivo.

Pérez Royo classifica a existência do *Defensor del Pueblo* como uma espécie de garantia orgânica da Constituição (por ausência de outra terminologia mais adequada)⁷⁸⁴. Trata-se de um órgão que é, em si mesmo, uma garantia de respeito ao sistema de valores positivado pela Constituição. Argumenta que se trata de uma garantia institucional, vinculada ao Poder Judiciário, mas que não é apenas normativa, materializa-se em um órgão que se coloca à disposição da sociedade civil para promover o interesse público. Essa ponderação de Pérez Royo possui perfeita identidade com o que defendemos em relação ao Ministério Público brasileiro.

Na França, há também a instituição do Defensor dos Direitos (*Défenseur des droits*), previsto no art. 71-1 da Constituição Francesa de 1958 (introduzido pela Lei Constitucional n. 724/2008), que possui as atribuições de velar pelo respeito aos direitos e liberdades pelos órgãos públicos, com poderes de agir de ofício na fiscalização da Administração Pública.

Nessa perspectiva, sendo o Ministério Público uma instituição de garantia dos direitos fundamentais, a instituição é em si mesma uma cláusula pétrea (cf. art. 60, § 4º, IV) e não

uma razão de garantia de direitos humanos”. Também afirmando que o Ministério Público é agente de transformação social (qualificando-o como o *ombudsman* brasileiro): Jatahy, 2007:29.

⁷⁸³ Ver comentários em A.S. Dias e Aguilar, 2008:14; J.C.V. Andrade, 2001:355. Segundo J.L. Cardoso, 2012, o provedor de Justiça é um órgão independente que gestiona entre a Assembléia Parlamentar, a Administração Pública e o Cidadão.

⁷⁸⁴ Pérez Royo, 1998:343.

pode ser abolida por reforma constitucional⁷⁸⁵. O Ministério Público é uma instituição essencial ao sistema de freios e contrapesos instituído pelo legislador constituinte de 1988 e por isso foi configurada como uma instituição permanente (art. 127, *caput*). Ainda que esteja regulamentado no Título III relativo à organização do Estado, portanto fora do rol tradicional dos direitos fundamentais do Título I, a missão constitucional do Ministério Público está ligada à defesa do sistema de direitos fundamentais, portanto a instituição é ela mesma uma garantia desse sistema. Não existe um Estado Democrático de Direito, na perspectiva constitucional brasileira, sem uma instituição capaz de assegurar a fiscalização constante desse projeto constitucional, e essa instituição é o Ministério Público. Nessa medida, ainda que seja possível a conformação das garantias de direitos fundamentais pelo processo legislativo infraconstitucional, não é possível uma alteração drástica da instituição que a impeça materialmente de cumprir sua função constitucional, como, *v.g.*, retirar-lhe as garantias de independência funcional, retirar suas dotações orçamentárias a ponto de colocá-la em situação de dependência do Poder Executivo,

⁷⁸⁵ Como se sabe, qualquer proposta tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais não poderá ser admissível, sendo a proteção ao sistema de direitos fundamentais uma cláusula pétrea. No mesmo sentido do texto, argumenta Garcia, 2008:46-47: “Por ser inócua a previsão de direitos sem a correspondente disponibilização de mecanismos aptos à sua efetivação, parece-nos que a preservação da atividade finalística do Ministério Público está associada à própria preservação dos direitos fundamentais, o que reforça a sua característica de cláusula pétrea e preserva a unidade do texto constitucional”. Em sentido semelhante afirma Moraes, 2007:397: “essa opção do legislador constituinte em elevar o Ministério Público a defensor dos direitos fundamentais e fiscal dos Poderes Públicos, alterando substancialmente a estrutura da própria Instituição e da clássica teoria da Tripartição de Poderes, não pode ser ignorada pelo intérprete, pois se trata de um dos princípios sustentadores da teoria dos freios e contrapesos de nossa atual Constituição Federal”. Também considerando cláusula pétrea a instituição do Ministério Público: Suxberger, 2010:175; Jatahy, 2007:76; G.A. Almeida, 2010:19. Registre-se que o tema da imutabilidade das cláusulas pétreas relativas a direitos fundamentais não é isento de polêmicas, havendo mesmo quem defenda a possibilidade de uma reforma constitucional restringir direitos fundamentais, desde que o faça explicitando restrições que já estavam imanentes no sistema de direitos fundamentais (nesse sentido: Canotilho e Moreira, 1993:1063-4; Miranda, 2003:228), bem como outros que dão um valor preponderante à soberania popular e à aderência temporal da Constituição à realidade social e política que a sustenta, dão interpretação mais estreita à proibição de reformas restritivas de direitos fundamentais (nesse sentido: J.C.V. Andrade, 2001:331). Mas para o objeto da presente discussão, parece claramente inviável extinguir o Ministério Público, pois seria necessária a criação de outra instituição com idênticas atribuições. Quanto à restrição de atribuições do Ministério Público, ela apenas seria viável, num cenário mais extremo, caso ela não deformasse a estrutura do Ministério Público e tais atribuições fossem conferidas a outro órgão igualmente ou mais eficiente que o Ministério Público para o exercício das atribuições. E, nessa perspectiva, o controle externo da atividade policial é inerente ao perfil institucional do Ministério Público, enquanto órgão titular da ação penal, portanto destinatário do produto da atividade policial investigativa, bem como órgão de fiscalização da efetividade dos direitos fundamentais, sendo, portanto impossível que uma emenda à Constituição retire do Ministério Público a possibilidade de exercer o controle externo da atividade policial e de fiscalizar (o que abrange investigar) as sérias violações de direitos fundamentais nessa seara.

retirar materialmente suas atribuições de sorte que não possa mais exercer a tutela ativa dos direitos fundamentais⁷⁸⁶.

As atribuições de uma instituição indicam sua essência, revelam sua própria dimensão constitucional. Portanto, se o Ministério Público é uma instituição permanente e uma cláusula pétrea enquanto instituição que é ela mesma uma garantia de proteção dos direitos fundamentais, suas atribuições não podem ser suprimidas de forma a desnaturarem sua essência. De nada adiantaria não se permitir a eliminação de uma instituição, mas se permitir o esvaziamento jurídico das atribuições de uma instituição, criadas exatamente para proporcionar a promoção de valores fundamentais subjacentes⁷⁸⁷. Nessa perspectiva pode-se afirmar que não é admissível que uma reforma constitucional venha suprimir a atribuição do Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial, pois ela está indissolúvelmente ligada à essência da própria instituição, que é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como com a titularidade da ação penal (que está no centro do desenvolvimento histórico do próprio Ministério Público). Essa perspectiva é explicitada no art. 3º, I, da LC n. 75/1993, que estabelece que o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público é feito tendo em vista “o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei”. O controle externo da atividade policial é uma atribuição do Ministério Público destinada à concretização desses valores fundamentais e, nessa perspectiva, ela não pode ser suprimida por reforma constitucional. É possível uma configuração concreta da forma de se exercer o controle externo, mas não a supressão integral da possibilidade de o Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial⁷⁸⁸. É possível que se criem

⁷⁸⁶ Sobre a impossibilidade de destruição, descaracterização ou desfiguração do núcleo essencial de uma garantia institucional, ver J.C.V. Andrade, 2001:138-141; Canotilho, 2003:398. Especificamente sobre impossibilidade de desnaturação do Ministério Público mediante reformas constitucionais: Streck, 1993:39.

⁷⁸⁷ Nesse sentido afirma G.A. Almeida, 2010:20: “O Ministério Público, como Instituição constitucional, é cláusula pétrea. Como consequência, os seus princípios, as suas atribuições e garantias constitucionais, as quais lhe dão dimensão constitucional e revelam o seu legítimo valor social, também estão inseridas como cláusulas pétreas ou superconstitucionais. Essas cláusulas compõem o núcleo de uma Constituição no Estado Democrático de Direito. Por isso, elas não podem ser eliminadas nem restringidas. Todavia, elas podem ser ampliadas. As atribuições e garantias constitucionais do Ministério Público, situando-se no âmbito das cláusulas superconstitucionais, podem ser ampliadas, mas não restringidas ou eliminadas da Constituição”.

⁷⁸⁸ Sobre as possíveis configurações do controle externo processual, em sistemas estrangeiros, ver comentários adiante na seção 3.1.

outras instituições para também fiscalizarem a atividade policial, mas não é possível que o Ministério Público seja excluído dessa atividade. É possível que se aumentem as atribuições do Ministério Público nessa seara, não sua exclusão.

Considerando que o Ministério Público deve ter uma atuação em defesa dos hipossuficientes, dos mais fracos, em ordem a permitir a instituição de uma ordem social mais justa para todos, o controle do desvio policial torna-se especialmente relevante nessa sua atividade de mudança da realidade, pois os fenômenos de violência e corrupção policial normalmente acabam por atingir as classes mais baixas e desfavorecidas, as mais fracas em termos de *empowerment* de cidadania, e também as classes que usualmente são as maiores vítimas do fenômeno da violência como um todo. Como já visto anteriormente, o desvio policial é um grave fator de vulneração de direitos fundamentais. Portanto, para o Ministério Público, ter uma atuação eficiente no controle do desvio policial é cumprir sua missão de defesa da dignidade humana e dos direitos fundamentais, de consolidação da democracia. Não é possível imaginar uma democracia sem um controle efetivo da atividade policial⁷⁸⁹. Essa perspectiva impõe uma atuação do Ministério Público para a realização de “mudanças organizacionais” no funcionamento da atividade policial, tendentes à promoção da adesão das práticas ao modelo legal de respeito aos direitos fundamentais⁷⁹⁰.

Essa perspectiva do Ministério Público enquanto uma instituição de garantia dos direitos fundamentais também condiciona a interpretação das demais disposições infraconstitucionais relativas à sua atuação, que devem ser interpretadas de forma a maximizar a realização concreta do sistema de proteção dos direitos fundamentais. Aprofundaremos os aspectos constitucionais relativos ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, tanto para a direção e de fiscalização processual das investigações criminais realizadas pela Polícia, quanto para a fiscalização extraprocessual da eventual arbitrariedade policial.

⁷⁸⁹ No Brasil: Lemgruber *et al.*, 2003:57. Em geral: Bayley, 2001. Ver ainda comentários acima, relacionando *accountability* e democracia, no item 2.4.1.2.

⁷⁹⁰ Sobre o papel do órgão de controle externo da Polícia em promover mudanças organizacionais mediante sua atividade continuada de fiscalização, ver comentários adiante na seção 5.4.

2.5 Considerações Finais

O presente capítulo procurou analisar as balizas de atuação policial dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tanto, verificou-se que há uma tensão constante entre a liberdade e a segurança pública, de sorte que não é possível ter uma verdadeira segurança pública sem a existência de limites estreitos à atividade estatal, ainda que se reconheça que a promoção da segurança pública não configura apenas uma atividade restritiva de direitos fundamentais, mas também promotora da realização de direitos fundamentais. Essa tensão se resolve num complexo equilíbrio entre o individual e o coletivo, com a consciência de que a arbitrariedade destinada a produzir segurança produz ela mesma mais insegurança.

A estrutura da ideia de Estado de Direito funda-se sobre cinco pilares básicos, quais sejam, um sistema de direitos fundamentais, submissão do Estado à legalidade, estabelecimento de sistemas institucionais de fiscalização do exercício do poder, proteção jurídica e responsabilização. Procurou-se aplicar tais diretrizes fundamentais à atividade policial.

Após essa análise, cumpre retornar à norma constitucional que justifica o presente estudo (CRFB/1988, art. 129, VII): o que significa concretamente a função do Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial? Significa uma atividade continuada de controlar a atividade policial para assegurar que ela se realize dentro do padrão constitucional de respeito aos direitos fundamentais, e atuação não arbitrária dentro da legalidade, de forma a assegurar o cumprimento da dupla função constitucional da Polícia e, de forma mais ampla, do Sistema de Justiça Criminal: ser eficiente na promoção da segurança pública, tanto na prevenção de crimes quanto na responsabilização dos eventuais infratores penais, e ao mesmo tempo realizar essa atividade de forma a conter as possíveis arbitrariedades do próprio Estado, realizando-se a efetiva conciliação dos diversos interesses em jogo no âmbito da promoção da proteção dos direitos fundamentais. Essa atividade do Ministério Público de controle continuado da atividade policial é um aspecto intrínseco do conceito de Estado Democrático de Direito no Brasil.

Essa atividade de controle externo da atividade policial significa tanto o controle de direção da atividade de investigação criminal, com a finalidade de proporcionar ao Ministério Público os elementos que ele necessita para a promoção da ação penal, quanto uma

atividade continuada de fiscalização da legalidade procedimental das diversas diligências potencialmente restritivas de direitos fundamentais realizadas pela Polícia na fase da investigação criminal. Também se realiza com a sua abertura ao público para a recepção de reclamações contra o desvio policial, destinadas a investigar de forma apropriada esse desvio e promover a responsabilização (criminal e por improbidade administrativa), realizando, no curso desse processo, uma atividade de auditoria constante da atividade policial. Esse conjunto de atividades de fiscalização processual e extraprocessual é destinado a fomentar a adesão da Polícia ao paradigma constitucional de eficiência sem arbitrariedades, concretizando assim a função constitucional do Ministério Público de ser um agente de promoção de transformações sociais dentro do programa constitucional.

Cada uma dessas perspectivas de atuação do Ministério Público (controle diretivo das investigações, fiscalização das garantias procedimentais de vedação de arbitrariedades na atividade policial, o controle extra-processual de auditoria da atividade policial e a promoção da responsabilização pelo desvio policial) serão aprofundadas nos capítulos a seguir.

3 ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE EXTERNO DA DIREÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Um dos aspectos do controle externo da atividade policial é a direção externa da atividade de investigação criminal exercida pela Polícia (dita) Judiciária. Essa direção significa articular as relações entre Ministério Público e Polícia de Investigação Criminal, de forma que a investigação sirva efetivamente à promoção da ação penal e que essa atividade se realize com respeito ao arcabouço de direitos fundamentais que informam toda a atividade estatal. Esse controle externo da atividade policial investigativa se exerce por um conjunto de relações jurídicas entre ambas as instituições que subordina em uma perspectiva funcional o trabalho policial à constante apreciação, fiscalização e direção de rumos pelo *dominus litis* da futura ação penal, numa verdadeira relação de coadjuvância entre Polícia de Investigação Criminal e Ministério Público. Nessa perspectiva, o Ministério Público não executa diretamente a investigação criminal, mas a controla externamente, o que equivale a dizer que o Ministério Público dirige de forma mediata a investigação criminal, contanto com o apoio do delegado de polícia para sua direção imediata (até requisição em sentido contrário pelo Ministério Público).

Em todos os lugares do mundo a investigação é realizada pela Polícia: trata-se de uma função típica da atividade policial. Mas também em todos os lugares a direção dessa atividade não é uma prerrogativa privativa da Polícia, sendo compartilhada com autoridades ditas judiciárias, seja o Ministério Público ou o juiz de instrução. Todavia, mesmo nos países que retiram formalmente a direção da investigação da Polícia, há mecanismos para se restituir espaços de atuação imediata e urgente até orientação contrária da autoridade dirigente. Há uma tendência atual no Brasil de se afirmar que a titularidade exclusiva da direção da fase investigativa pertenceria ao delegado de polícia. Esse capítulo pretende esclarecer que tal entendimento é equivocado e mesmo no âmbito do Inquérito Policial brasileiro em sua regulamentação infra-constitucional atual, na qual a Polícia executa a investigação mas o Ministério Público a dirige mediatamente, compartilhando com a autoridade policial espaços (no

Brasil bem largos) de autonomia executiva própria, especialmente na fase inicial após a recepção da *notitia criminis*.

Todavia, antes de se avançar, cumpre realizar uma distinção entre a opção deste trabalho de cisão do controle processual em controle diretivo e controle de fiscalização da legalidade. Como assinalado, há espaços de iniciativa autônoma de investigação pela autoridade policial, seguidos da apresentação do trabalho policial ao Ministério Público e do poder deste de dirigir nesse segundo momento os rumos da atividade policial. Há, portanto, dois momentos distintos: um de liberdade de atuação policial e outro de obrigatoriedade de ação de acordo com a diretriz emitida pelo Ministério Público. Quando o Ministério Público recebe o trabalho policial, ele deverá realizar uma análise voltada ao passado, sobre a legalidade das medidas já realizadas, e outra para o futuro, sobre quais outras medidas de investigação deverão ser realizadas.

Apesar de ambas derivarem do poder de controle externo da atividade policial, é possível cindir sua análise em duas etapas: o controle diretivo (usualmente realizado num segundo momento, após as diligências imediatas realizadas pela atividade policial, e voltado ao futuro da investigação) e o controle de fiscalização da legalidade (sempre realizado sobre diligências já realizadas pela Polícia). Enquanto o controle diretivo está focado em primeira linha em se assegurar a eficiência da investigação (e apenas de forma reflexa com a não prática de investigações arbitrárias, porque desnecessárias), o controle de fiscalização da legalidade está direcionado em primeira linha com a função constitucional do Ministério Público de ser um fiscal contra arbitrariedades (e apenas de forma indireta possui o efeito de se assegurar a eficiência da investigação, mediante a não utilização de provas ilícitas).

Vejamos no presente capítulo os aspectos do controle diretivo mediato.

3.1 Sistemas estrangeiros de controle da direção da investigação criminal

Antes de ingressar na análise do sistema brasileiro, convém realizar um diagnóstico de como os sistemas jurídicos estrangeiros selecionados estruturam o controle da direção da fase investigativa, articulando a direção dessa atividade pelos órgãos pertencentes ao Sistema de Justiça (Ministério Público ou juiz de instrução) e como controlam os inevitáveis espaços de autonomia concedidos à Polícia.

Para tanto, iremos dividir essa análise inicial em três possíveis sistemas de condução da fase investigativa: a condução pelo Ministério Público (Portugal, Itália e Alemanha), a condução pelo juiz de instrução (Espanha e França) e a autonomia da Polícia (Inglaterra). Em cada sistema serão analisados três aspectos comuns de comparação: quem é o titular da condução da fase investigativa, como é feito o controle das comunicações de notícias de crimes, qual é o limite de autonomia da atividade policial nos momentos iniciais da investigação (ou nas situações de urgência) e como é feito o respectivo controle dessas diligências realizadas de forma autônoma pela Polícia.

Portugal é eleito como uma “porta de entrada” para a comparação com os demais sistemas europeus, tanto pela proximidade linguística quanto pela riqueza que seu sistema apresenta quanto à definição dos papéis constitucionais dos intervenientes na fase investigativa. Portanto, ao explicar o sistema português, faremos a concomitante “tradução” de seus institutos jurídicos no âmbito do sistema brasileiro, para em seguida analisarmos os demais sistemas e compararmos-os conjuntamente.

3.1.1 Brasil e Portugal: aproximação conceitual dos sistemas processuais penais de investigação

3.1.1.1 Características gerais dos sistemas

Não é possível comparar institutos de dois sistemas processuais sem antes compreender as linhas gerais que estruturam esses sistemas. A forma como é regulamentada a tramitação do inquérito e como as diligências processuais são fiscalizadas refletem em grande medida a lógica de funcionamento desse sistema, bem como os princípios e preocupações que lhe são subjacentes. Assim, num primeiro momento, é necessário compreender as diferenças estruturais entre o sistema português e brasileiro para, em um segundo momento, comparar a disciplina do controle das comunicações de crimes feitas à Polícia¹.

Uma primeira diferença crucial entre os sistemas brasileiro e português é sobre o papel da Polícia e do Ministério Público. No sistema português, a lei já deixa claro que a

¹ Uma comparação de elevada relevância pois, na opinião de J.F. Dias, 2013:155, apesar de susceptível de melhoramentos, o enquadramento legal do Ministério Público português “se apresenta como um dos que, no conspecto mundial, constitui um dos modelos mais acabados de democraticidade”.

investigação criminal é de titularidade do Ministério Público, sendo a Polícia um órgão auxiliar daquele. Entende-se que o fundamento para a direção do inquérito pelo Ministério Público estaria respaldado constitucionalmente no art. 219.1 da Constituição da República Portuguesa – CRP/1976, que prevê como atribuição do Ministério Público exercer a ação penal orientado pelo princípio da legalidade, bem como o seu art. 32.5 estabelece que “o processo criminal possui estrutura acusatória”. Nessa linha, estabelece o art. 53.2.b do CPP que compete ao Ministério Público dirigir o inquérito, o art. 55.1 que compete aos órgãos de polícia criminal – OPC – coadjuvar as autoridades judiciais com vista à realização das finalidades do processo, esclarecendo o art. 56 que os OPC’s atuam no processo sob a direção das autoridades judiciais e na sua dependência funcional². Tais disposições são reforçadas pelo art. 263 do CPP, que estabelece que o Ministério Público dirige o inquérito e os OPC’s o assistem, sob’ sua direta orientação e dependência funcional e pelo art. 2º da Lei n. 48/2008 (Lei de Organização da Investigação Criminal) no mesmo sentido. Assim, a atuação policial não é autônoma, é dependente da direção do Ministério Público. Os OPC’s apenas possuem competência própria para a realização das chamadas medidas cautelares de polícia (CPP, art. 248-253), mas ainda assim essas são realizadas no interesse do Ministério Público e são pelo mesmo validadas, para serem incluídas no inquérito. Segundo Pinto de Albuquerque, “a direção do inquérito pelo Ministério Público é uma característica fundamental da estrutura acusatória do processo penal português”³.

Esclareça-se, desde já, que em Portugal os membros do Ministério Público são denominados de magistrados e possuem o *status* de autoridade judiciária, cf. art. 1º, alínea “b”, do CPP português, de sorte que quando a lei deseja referir-se apenas a uma atribuição de magistrado judicial, o faz utilizando a expressão “juiz” ou “juiz de instrução”⁴. Esse estatuto deriva de sua posição constitucional, já que a CRP trata do Ministério Público logo após o Poder

² Segundo J.M.D. Cunha, 1993:111, o fato de a Polícia coadjuvar o Ministério Público nas finalidades do processo significa que a Polícia também possui uma finalidade de exercer a segurança pública, mas quando se trata de uma investigação criminal a competência principal é do Ministério Público, de sorte que o “ato final ou definitivo em que aquele ato praticado pelo coadjutor se integra é um ato do titular, do órgão principal”. Assim, o Ministério Público é o órgão principal (coadjuvado) e a Polícia o órgão auxiliar (coadjuvante).

³ Albuquerque, 2009:151. No mesmo sentido, os acórdãos TC n. 7/1987 e n. 23/1990. Segundo J.F. Costa, 1994:239, essa fórmula “dependência funcional vs. autonomia técnica” procura manter a legitimidade da condução das investigações pelo titular da ação penal, bem como assegurar a ligação da Polícia com o Poder Executivo. Para uma evolução histórica das relações entre Ministério Público e Polícia em Portugal, v. A.G.L. Martins, 2004.

⁴ Segundo o preâmbulo do CPP, o Ministério Público não tem o estatuto de parte, “mas o de uma autêntica magistratura, sujeita ao estrito dever de objetividade”. Ver Moura, 1988:98.

Judicial, ainda dentro do mesmo capítulo, e em diversos capítulos o equipara à magistratura judicial⁵. Segundo Canotilho, o Ministério Público é concebido como um “elo de ligação” entre o poder judicial e o poder político⁶. Contudo, o estatuto entre ambos não é coincidente, já que o Ministério Público não é considerado no texto constitucional português como um órgão de soberania (CRP, art. 113)⁷, bem como os magistrados do Ministério Público possuem uma menor independência em comparação com a magistratura judicial, já que aqueles estão sujeitos a uma dependência hierárquica, que em grande medida vincula sua atuação com orientações gerais dos superiores dentro da hierarquia do Ministério Público português. Apesar de não ser órgão de soberania, e de suas funções não serem jurisdicionais em sentido estrito, mas poderem ser reconduzidas a ações executivas (promover a ação penal e a defesa da legalidade democrática), não se trata de um órgão administrativo ordinário, pois está cercado de diversas garantias constitucionais de independência, como a auto-organização (através do Procurador-Geral da República), autonomia estatutária e reserva de lei para regramento⁸.

A CRP, em seu art. 272, refere-se genericamente a “Polícia” (ou forças de segurança), indicando que essa função de polícia, de manutenção da ordem, é uma, ainda que desenvolvida pelos diversos órgãos estatais de segurança pública. O CPP utiliza a expressão “órgãos de polícia criminal”, referindo-se aos órgãos que eventualmente tenham interveniência

⁵ Segundo J.F. Dias, 1988:22-23, a autonomia entre Ministério Público e magistratura judicial é a principal característica da estrutura acusatória do processo penal, essa prevista expressamente no art. 32.5 da CRP. Sobre esse estatuto de magistratura e sua evolução histórica, ver R. Carmo, 2004:103-5; G.M. Santos, 2002:100-107. Apesar desse *status* de magistratura, o Ministério Público português ainda acumula as funções de representação do Estado em juízo para as demais causas (R. Pereira, 2004:123), o que, a nosso ver, pode ser um fator de eventual diminuição de sua imparcialidade, pois interesses de Estado e da sociedade podem eventualmente colidirem (defendendo a manutenção desse sistema por razões de tradição histórica, ver Moura, 2009:82).

⁶ Canotilho, 2003:684. Utilizando a expressão “elo de permeio”: J.F. Costa, 1994:223. Também indicando que o Ministério Público possui um “*ethos* de polícia e de juiz”, ver J.F. Dias e Andrade, 1997:482.

⁷ Ainda que alguns argumentem que sua inserção dentro do título constitucional dos Tribunais lhe asseguraria alguma equiparação: ver M.C. Almeida, 2006:201.

⁸ Para uma visão geral do estatuto do Ministério Público, ver J.M.D. Cunha, 1993:94-99, Mesquita, 2003:33-51; R. Carmo, 2004. Aparentemente, essa visão do Ministério Público como magistratura vem de sua evolução histórica decorrente da separação das funções de acusar e julgar, que antes eram cumuladas pelo juiz no sistema inquisitivo, e que hoje lhe é atribuída para complementar o funcionamento da Administração da Justiça Penal. Seu enquadramento constitucional dentro do Poder Judicial parece refletir a antiga posição de J.F. Dias, 2004:361-394, de que o Ministério Público é um órgão autônomo de administração da justiça, uma “magistratura paralela”, cujas atividades convergem para um fim comum, o cumprimento do fim da justiça penal (punição dos criminosos), de sorte que o Ministério Público teria uma “função de colaboração com o juiz na descoberta da verdade e na realização do direito” (J.F. Dias, 2004:365), obedecendo a critérios de estrita legalidade e objetividade (impressoalidade).

no processo penal⁹. O conceito de OPC é dado pelo art. 1.1.c do CPP, que define como nele incluídos “todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este Código”. Portanto, o conceito do CPP de OPC é um conceito aberto¹⁰; esse conceito é complementado pela LOIC, Lei n. 49/2008, art. 3.1 que estabelece que em Portugal há três instituições que são consideradas OPC’s de competências genérica: Polícia Judiciária – PJ, Polícia de Segurança Pública – PSP, e a Guarda Nacional Republicana – GNR. Outras instituições podem receber encargo legal para o exercício de competências criminais específicas, como, v.g, é o caso do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – SEF para os crimes ligados à Lei de Estrangeiros (Lei n. 23/2007, art. 188.1)¹¹. A competência da PJ consta de um rol de crimes, enquanto a da GNR e PSP é expressamente subsidiária para os crimes que, a princípio, não sejam da competência da PJ e lhes sejam designados pelo Ministério Público (Lei n. 49/2008, art. 6)¹². Os eventuais conflitos entre as forças policiais são solucionados pelo Ministério Público, que deve “promover a cooperação entre os órgãos de polícia criminal envolvidos, através das formas consideradas adequadas” (art. 5.3 e art. 9 da LOIC). No processo penal português, os OPC’s são vistos como “auxiliares dos

⁹ Sobre estatuto constitucional e processual penal da Polícia em Portugal, ver J.M.D. Cunha, 1993:99-104; Mesquita, 2003:121 *et seq*; Raposo, 2006b.

¹⁰ Sobre esse conceito aberto de OPC no CPP português, J.F. Costa, 1994:239, afirma que essa técnica legislativa “espelha a vantagem da eficácia do esvaziamento de tensões institucionais, se bem que possa permitir uma definição muito vasta, através das leis de polícia, do que sejam OPC”.

¹¹ Outras instituições de que pode se servir o Ministério Público para serem OPC: DGIE, IGT, Serviços Municipais de Polícia, Guarda Fiscal e outras: ver G.M. Santos, 2002:120. Registre-se que quanto à Polícia Municipal há sérias restrições legais sobre a admissibilidade de seu enquadramento como OPC, já que a Lei n. 19/2004 não lhe confere esse status, havendo mesmo que defenda que não devem sequer exercer funções de prevenção criminal: ver Valente, 2009b:76. No âmbito do policiamento administrativo, existe uma grande quantidade de outras instituições com poderes de polícia, como a Polícia Marítima, Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, Corpo da Guarda Prisional e outras. Ver Valente, 2009b:44 *et seq*. Destaca Valente que há um princípio de reserva de lei da Assembleia da República na criação de forças policiais e que apenas instituições de abrangência nacional podem adequar-se no conceito constitucional de “forças de segurança”.

¹² Sobre a delegação de diligências em um processo específico, ver Mesquita, 2003:149. Há regras pré-estabelecidas para fixação genérica da competência das diversas Polícias, mas os casos limítrofes de competência são solucionados pelo Ministério Público (conforme Lei n. 49/2008, art. 5.3, art. 8º e 9º), o que, em termos práticos, acaba por transformar o Ministério Público português em um órgão de classificação das competências das Polícias, ou de solução de seus conflitos de competência. Também os funcionários do Ministério Público equiparam-se a OPC para as diligências delegadas pelos magistrados do Ministério Público, cf. DL n. 343/1999 (Estatuto dos Funcionários da Justiça), Mapa I, alíneas “i”, “j” e “l”. Argumentando que a competência para selecionar o órgão coadjuvante é exclusiva do Ministério Público, ver Mesquita, 2005:69. Como salienta J.F. Costa, 1994:225, a PJ é a principal instituição vocacionada à investigação criminal, bem como é a protagonista dos principais atritos institucionais com Ministério Público.

sujeitos processuais”, ou ainda como “sujeitos processuais acessórios”¹³. Todas as investigações criminais conduzidas por essas instituições devem ser dirigidas pelo Ministério Público.

No sistema português, a Polícia possui autonomia organizacional, técnica e tática, mas atua sob a dependência funcional do Ministério Público. Isso significa que se trata de duas organizações distintas, tendo a Polícia autonomia para organizar internamente seus serviços, ainda que haja mecanismos de possível participação na gestão administrativa da Polícia (como a possibilidade de os cargos diretivos de nível nacional ou territorial serem ocupados por Magistrados Judiciais ou do Ministério Público)¹⁴. A dependência funcional se expressa na condução das investigações, que estão sob responsabilidade do Ministério Público, mas são executadas pela Polícia¹⁵. O Ministério Público expede ordens à Polícia, que é vinculada à sua obediência; se um agente de polícia entende que a ordem é ilegal deve consultar seu superior, que se também tiver esse entendimento deverá consultar o superior do magistrado do Ministério Público, para sanar o impasse¹⁶. O Ministério Público determina o que será feito e a Polícia como e quando será feito, de forma a assegurar a segurança dos policiais e a eficiência da diligência¹⁷. Também questões orgânicas ou relativas ao funcionamento interno da hierarquia policial estão subtraídas do poder de direção do Ministério Público, já que a dependência organizatória, administrativa e disciplinar da Polícia é feita pelo Poder Executivo¹⁸. Há uma relação de

¹³ J.F. Dias, 1988:12.

¹⁴ Nesse sentido: art. 40 da Lei n. 37/2008 (Lei Orgânica da Polícia Judiciária).

¹⁵ A dependência funcional significa que os OPC's obedecem às ordens emanadas do Ministério Público na direção do inquérito; há, portanto, uma dupla dependência funcional: estão tanto incluídos numa estrutura administrativa policial, e portanto vinculados a essa hierarquia, bem como devem obediência às determinações do Ministério Público, situação que eventualmente pode gerar atritos institucionais (J.M.D. Cunha, 1993:115), mas que devem ser solucionados com a aproximação comunicativa entre as instituições (Moura, 2009:83-82). Em relação à coadjuvação da Polícia ao Ministério Público, ver ainda: Mesquita, 2003:128, J.F. Dias, 2004:398-400, G.M. Silva, 2008:269-271-283. Para uma visão da evolução histórica, v. Cluny, 1995.

¹⁶ Nesse sentido, utilizando a expressão “ordem”: Albuquerque, 2009:697 e G.M. Silva, 2009:69. Registre-se que J.M.D. Cunha, 1993:118, entende que, tecnicamente, o Ministério Público não expede ordens, mas diretivas, já que “enquanto a ordem implica um ato de mera execução (meramente aplicativo, mecânico), a diretiva implica da parte do ente subordinado uma atitude valorativa, pelo menos quanto à forma e meios da sua execução”. Em termos práticos, trata-se de uma ordem para realizar uma diligência, reconhecendo-se à Polícia a autonomia técnica e tática de como essa ordem será executada. Destacando que se houve questionamento da diretriz, essa será analisada em última instância dentro do próprio Ministério Público, ver Moura, 1988:106.

¹⁷ J.M.D. Cunha, 1993:132. O conceito de autonomia técnica e tática é dado pela Lei n. 49/2008 (LOIC), art. 2.6: “A autonomia técnica assenta na utilização de um conjunto de conhecimentos e métodos de agir adequados e a autonomia tática consiste na escolha do tempo, lugar e modo adequados à prática dos actos correspondentes ao exercício das atribuições legais dos OPC's”.

¹⁸ G.M. Silva, 2008:270; Mesquita, 2003:129; Moura, 1988:107. Para J.F. Costa, 1994:235, o exercício do poder de orientação do Ministério Público deve respeitar a estrutura administrativa e orgânica das entidades policiais. Assim, cabe ao superior hierárquico na Polícia definir qual funcionário desempenhará a diligência requerida pelo

interdisciplinaridade complementar entre Polícia e Ministério Público¹⁹, com supremacia do Ministério Público na direção da investigação criminal, mas sem hierarquia²⁰.

Assim, quando um OPC toma conhecimento de um crime, possui a obrigação de realizar a comunicação do fato ao Ministério Público, no prazo máximo de 10 dias (CPP, art. 248.1). Após tomar conhecimento do crime, havendo indícios mínimos do fato, o Ministério Público profere um despacho instaurando o inquérito, podendo delegar (dar por encargo) a realização de diligências aos OPC's ou avocar a investigação para que ele mesmo a conduza. Há diligências que são privativas do Ministério Público, portanto, não podem ser delegadas (art. 270.2 do CPP português). No caso de avocar a investigação, as diligências podem ainda ser delegadas aos funcionários do Ministério Público ou conduzidas diretamente pelos magistrados do Ministério Público²¹. Para a maioria dos crimes ordinários, contudo, já há delegações genéricas feitas pelo Procurador-Geral da República autorizando os OPC's a já iniciarem as investigações, sempre com comunicação imediata das diligências ao magistrado do Ministério Público competente para fiscalizar concretamente aquele inquérito²². Assim, há dois tipos de delegações: específicas (com uma lista de diligências para serem realizadas num processo concreto, já instaurado) ou genéricas (para que a Polícia já defina preliminarmente o rumo das investigações, a uma lista de crimes determinada).

A instauração de inquérito para investigação de crime é obrigatória, conforme art. 262.2 do CPP, que acolhe o princípio da legalidade no âmbito da investigação, segundo o qual não há investigação criminal fora do inquérito conduzido pelo Ministério Público

Ministério Público, e assegurar que esse desempenho se dê de forma eficiente. Apesar desse entendimento corrente, registre-se que há irresignações no Ministério Público quando ocorre interferência política na PJ para remover funcionários que estavam sendo “excessivamente eficientes”. Nesse sentido, ver crítica de M.C. Almeida, 2006:207, que defende que a direção da PJ não deveria poder remover funcionários que estão no exercício de uma investigação sem a prévia autorização do magistrado que lhe encarregou as diligências (citando casos concretos de interferência política – como o caso Apito Dourado).

¹⁹ Expressão utilizada por Valente, 2009b:120, lembrando que essa relação em verdade ultrapassa os limites do processo penal, também atuando em áreas como o direito civil (arrestos, registros de acidentes de trânsito), direito administrativo (interdição de vias públicas) e eventualmente de trabalho (em operações conjuntas com outras instituições (SEF ou IGT) quanto às condições de trabalho).

²⁰ J.M.D. Cunha, 1993:147.

²¹ Estabelece o DL n. 343/1999 (Estatuto dos Funcionários da Justiça), Mapa I, alíneas “i”, “j” e “l”, que compete aos funcionários da estrutura do Ministério Público ali designados exercer no âmbito do inquérito as funções que competem aos OPC's, ou seja, executar as diligências de investigação que lhes forem incumbidas pelo magistrado do Ministério Público. Nesse sentido, ver Mesquita, 2003:147. Também defendendo essa possibilidade, ver Souto de Moura, 1988:105.

(institucionalizando o monopólio da investigação pelo Ministério Público), bem como o princípio da obrigatoriedade²³.

A tramitação do inquérito é direta entre o Ministério Público e os OPC's, havendo intervenção do juiz de instrução de forma pontual apenas nas diligências que por lei necessitem expressamente de sua intervenção (a lista dessas diligências consta dos art. 268 e 269 do CPP português). O juiz de instrução possui a função específica de “juiz de averiguações”, ou seja, “de um magistrado que procede a atos de instrução em situações de emergência, mas cuja tarefa essencial é a de controlar os atos do Ministério Público que contendam diretamente com direitos e liberdades do arguido”²⁴.

Após a conclusão do inquérito, o Ministério Público pode decidir pelo arquivamento ou o oferecimento de acusação pública (esta correspondente à denúncia no sistema brasileiro). O arquivamento poderia violar interesses da vítima e o oferecimento de denúncia poderia ofender interesses do acusado. Em ambas as situações é possível que os que se sintam prejudicados com a decisão do Ministério Público solicitem a abertura da instrução preliminar, que é um procedimento conduzido pelo juiz de instrução destinado a verificar o acerto da decisão do Ministério Público (de arquivamento ou de acusação). Na instrução, o juiz de instrução possui poderes de investigar livremente o caso, assistido pelos OPC's (art. 288 do CPP português), seguindo-se um debate instrutório entre as partes. Caso se confirme o acerto da decisão de acusar, verificando-se a presença de indícios suficientes da prática de crime e sua autoria, o juiz de instrução proferirá uma decisão de pronúncia, submetendo o réu à fase de julgamento. A fase de instrução não ocorre nos procedimentos especiais (art. 286.3 do CPP português) e está limitada ao fato que lhe é proposto pela acusação, portanto, configura-se como uma fase de “comprovação judicial” (e não uma fase livre para investigar)²⁵. A fase de julgamento será conduzida por um

²² Directiva n. 01/2002, disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf2sdip/2002/04/079000000/0622106224.pdf>>, acesso em: 03 set. 2010.

²³ Sobre o princípio da obrigatoriedade, ver Moura, 1988:99.

²⁴ Albuquerque, 2009:637. Ressaltando a inexistência de qualquer responsabilidade conjunta ou solidária entre Ministério Público e juiz de instrução na fase do inquérito, já que essa fase está sob exclusivo domínio do Ministério Público (exceto a intervenção provocada para as medidas restritivas de direitos fundamentais), ver Mesquita, 2003:171, o qual indica que o juiz atua como um “juiz de liberdades”. Ainda que na fase de instrução os OPC's estejam à disposição do juiz de instrução, trata-se aqui de uma vinculação de “grau intermédio”, quando comparada à vinculação ao Ministério Público na fase do inquérito, aqui uma vinculação de “grau máximo ou mais forte”, cf. J.F. Dias, 1986:23.

²⁵ J.F. Dias, 1988:16, para o qual essa vinculação do juiz de instrução ao fato que lhe é submetido é uma derivação da máxima acusatoriedade exigida pela CRP, art. 32.5. Como adverte J.F. Costa, 1994:240, a instrução não deveria

juiz diverso do juiz de instrução. Assim, inquérito, instrução e julgamento serão fases processuais conduzidas respectivamente pelo Ministério Público, juiz de instrução e juiz, todos considerados pelo código como “autoridades judiciárias”²⁶.

Ao contrário, no sistema brasileiro, formalmente a investigação é conferida à titularidade das autoridades policiais (que, aliás, se expressa no próprio nome do procedimento: inquérito policial – IP), ainda que materialmente haja várias disposições que permitam ao Ministério Público requisitar diligências à autoridade policial e, nessa medida, criam materialmente uma cumulação de atribuições para gerir a linha de investigação. No sistema brasileiro, em regra, a comunicação do delito é feita às autoridades policiais, que deverão instaurar um procedimento de investigação criminal (ainda que a lei também admita que as comunicações sejam encaminhadas diretamente ao Ministério Público – CPP, art. 27). Para as infrações de menor potencial ofensivo (com pena máxima não superior a dois anos) o procedimento será um termo circunstanciado – TC, com uma série de simplificações procedimentais previstas na Lei n. 9.099/1995 (ver art. 69)²⁷. Para os demais casos, a autoridade policial deverá instaurar o IP, o qual, após sua instauração, deverá ser concluído em regra no prazo máximo de 30 dias se o indiciado estiver solto ou de 10 dias se o mesmo estiver preso (art. 10, *caput*, do CPP brasileiro).

A tramitação do IP é triangular, sendo ele encaminhado ao juiz, que autua o procedimento e o encaminha ao Ministério Público. Ao receber os autos do IP, o Ministério Público poderá decidir pelo arquivamento, oferecimento de denúncia ou requisição de novas

ser alargada para ser um autônomo suplemento de investigação decorrente do inquérito, mas sim um momento processual de comprovação (apesar relatar a tendência da jurisprudência de alargamento do espaço cognitivo dessa fase).

²⁶ Moura, 1988:98. O objeto central desse trabalho não é o de verificar o acerto ou não desse modelo de instrução preliminar no sistema português. Contudo, não podemos deixar de registrar que esse modelo, ainda que justificado na necessidade de conferir algum nível de contraditório entre a acusação e o início do julgamento, parece pecar por conferir um estatuto duplo ao juiz de instrução: ele será o investigador que julgará sobre o recebimento da denúncia e sobre a restrição de direitos fundamentais durante a instrução. Criticando o “ímpeto da Constituição escrita”, e advogando uma “interpretação dinâmica”, ver Moura, 1988:109. Criticando a duplicação de procedimentos entre inquérito e instrução, ver R. Pereira, 2004:122. Defendendo que os casos de investigação *ex officio* pelo tribunal deveriam ser residuais, ver Mesquita, 2003:63.

²⁷ Entre as quais está constar o rol de testemunhas com uma versão concisa de suas informações e admissão de laudo médico em substituição ao tradicional exame de corpo de delito (ainda que na maioria dos casos continuem a serem utilizados os exames oficiais da polícia), com encaminhamento imediato (ou em data próxima) ao Juizado Especial Criminal para a conciliação e julgamento do caso.

diligências²⁸. Entende-se que a requisição de diligências pelo Ministério Público é de atendimento obrigatório pela autoridade policial, de sorte que, ao requisitar novas diligências, cria-se materialmente uma cumulação de atribuições para a condução da linha de investigação. O entendimento majoritário é o de que o juiz não pode participar ativamente da fase de investigação, determinando diligências de ofício, pois isso significaria o esvaziamento de sua imparcialidade (especialmente porque no Brasil o mesmo juiz que acompanha a investigação será o juiz que julgará a posterior ação penal, não existindo regra de impedimento)²⁹. Também não pode o magistrado indeferir diligências ordinárias requeridas pelo Ministério Público à autoridade policial (como oitiva de testemunhas ou perícias ordinárias). Sua atuação decisiva está na apreciação das medidas restritivas de direitos fundamentais, como a decretação da prisão preventiva, busca domiciliária, interceptações telefônicas e quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico (entendendo-se como este último o acesso aos extratos das ligações telefônicas), as medidas investigativas mais intrusivas típicas da criminalidade organizada, como concessão de colaboração premiada, interceptação ambiental, fiscalização *a posteriori* da ação controlada e infiltração policial (Lei n. 12.850/2013), ou ainda as intervenções corporais legalmente qualificadas (Lei n. 12.037/2009 com as alterações da Lei n. 12.654/2012).

Também exerce a função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois quando o Ministério Público decide pelo arquivamento o magistrado deve fiscalizar se realmente era o caso de se arquivar e, caso discorde dessa posição do Ministério Público, poderá encaminhar os autos do IP ao Procurador-Geral de Justiça para eventual reapreciação dessa decisão de arquivamento, a qual se for confirmada será acatada pelo magistrado. Assim, ainda que formalmente seja o juiz a decidir pelo arquivamento do IP, em última instância a palavra final sobre essa questão pertence ao Ministério Público, levando muitos doutrinadores a afirmar que materialmente o Ministério Público decide e o juiz homologa o arquivamento do IP³⁰. É vedado às autoridades policiais arquivarem o IP, cf. art. 17 do CPP brasileiro. Também é vedado ao juiz arquivar o IP manifestação do Ministério Público nesse sentido, exceto na situação excepcional de atipicidade manifesta.

²⁸ Sobre requisição do Ministério Público, ver art. 16 e 47, sobre o arquivamento ver art. 28, todos do CPP brasileiro.

²⁹ Nesse sentido, ver precedente do STF que declarou inconstitucional o art. 3º da Lei n. 9.034/1995, o qual previa a possibilidade de o juiz conduzir investigações em relação ao crime organizado, assentando que o juiz não pode ter

No Brasil, a investigação criminal é conduzida basicamente pela Polícia Civil (no âmbito estadual) e pela Polícia Federal (no âmbito federal) e o funcionário público encarregado de coordenar as investigações (até requisição ministerial em sentido contrário) chama-se delegado de polícia; no âmbito estadual as atividades de policiamento ostensivo e de segurança são desempenhadas pela Polícia Militar, a qual, contudo, não exerce funções de investigação (exceto dos crimes militares praticados por seus membros)³¹.

Em Portugal, o inquérito é considerado como uma fase processual, cuja realização é obrigatória no procedimento comum³². Esse caráter processual seria acentuado pelo fato de ser conduzido por uma autoridade judiciária (o Ministério Público). Nos procedimentos especiais (sumário, abreviado e sumaríssimo) não há instauração de inquérito³³. Ao contrário, no Brasil entende-se que o IP não integra a fase processual (que corresponde à fase da ação penal e que se inicia com o oferecimento da denúncia), mas constitui uma fase pré-processual, tendo um caráter administrativo. Também se entende que o IP não é uma fase obrigatória para o ajuizamento da acusação, pois se o Ministério Público tiver conhecimento do crime de forma já respaldada por outras informações, poderá dispensar a requisição de instauração de IP e já oferecer denúncia com fundamento nas informações³⁴.

Por ser considerado em Portugal uma fase processual, os atos de inquérito estão sujeitos ao regime das nulidades, devendo o Ministério Público zelar para que os atos eventualmente inválidos sejam novamente praticados³⁵. Já no Brasil, entende-se que as eventuais nulidades do IP não contaminam a futura ação penal, de sorte que a desconformidade de um ato com a respectiva prescrição legal pode ensejar ou sua invalidade enquanto fundamento de uma medida restritiva de direitos (v.g., a ausência da entrega da nota de culpa ao final da lavratura do auto de prisão em flagrante enseja o relaxamento da prisão) ou pode eventualmente diminuir o

iniciativa na fase das investigações: STF, Pleno, ADI 1570/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12 dez. 2004, DJU 22 out. 2004.

³⁰ Ver Rangel, 2009; Oliveira, 2011; Prado, 2005.

³¹ Há controvérsias no Brasil sobre a possibilidade ou não de a Polícia Militar conduzir Termos Circunstanciados, relativos à Lei n. 9.099/1995, mas não entraremos nessa discussão por não ser o objeto principal desse estudo.

³² Trata-se de um processo antes do exercício da ação penal, mas tendente ao exercício do direito de ação penal: J.F. Dias, 1988:8-9.

³³ Albuquerque, 2009:687; G.M. Silva, 2009:77; Mesquita, 2003:94.

³⁴ Por exemplo, se no âmbito de uma sindicância administrativa de órgão público se toma conhecimento da prática de crime, cópia dessa sindicância é encaminhada ao Ministério Público e, se este entender que o fato já está suficientemente provado, poderá dispensar o IP e já ajuizar a denúncia.

³⁵ Mesquita, 2003:95.

valor probatório do ato (v.g., uma acareação feita em desconformidade com a prescrição legal terá seu valor substancialmente diminuído, mas não necessariamente anulado, especialmente se corroborada por outras provas). Também é possível que se reconheça que uma determinada prova é ilícita, quando sua produção ilegal viola direitos fundamentais, situação em que o reconhecimento da ilicitude determinará sua não consideração, desentranhamento dos autos e eventual contaminação das provas que sejam derivadas de suas informações (conforme a conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada). Vê-se que em ambos os sistemas os vícios da investigação podem comprometer o exercício da ação penal, daí o especial interesse do Ministério Público nessa fase.

Em Portugal, o Procurador-Geral da República possui a competência de fiscalizar superiormente a atividade dos órgãos de polícia criminal. Para exercer essa atribuição de fiscalização superior da atividade policial, o PGR português pode: a) solicitar aos OPC's informações sobre sua atividade investigativa; b) ordenar inspeções aos serviços policiais, para fiscalizar o cumprimento da lei no âmbito da atividade de investigação criminal; c) emitir diretivas ou instruções genéricas sobre o cumprimento da lei pelos OPC's no âmbito da atividade de investigação criminal; d) ordenar a realização de inquéritos ou sindicâncias aos OPC's em relação a fatos praticados no âmbito da investigação criminal desenvolvida no inquérito, por iniciativa própria, a solicitação dos membros do Governo ou por solicitação dos dirigentes máximos da própria instituição policial (LOIC, art. 16).

Feita essa primeira aproximação entre os sistemas processuais comparados, passa-se a analisar a relevância do controle externo da atividade policial em ambos os sistemas.

3.1.1.2 Comunicação da notícia do crime

Como em Portugal não são os OPC's a instaurarem e conduzirem o inquérito, eles devem dar conhecimento da notícia do crime ao Ministério Público para que este possa dar início formalmente ao processo de investigação. Ainda que a notícia do crime seja encaminhada a outras autoridades, ela terá sempre como último destinatário o Ministério Público, enquanto autoridade judiciária titular do inquérito e da ação penal³⁶.

³⁶ Mesquita, 2003:77. Para uma visão geral do procedimento da denúncia, ver ainda G.M. Santos, 2002:329-331.

O CPP português disciplina a comunicação da notícia de crime pela Polícia ao Ministério Público como sendo uma “medida cautelar de polícia” (epígrafe sobre o art. 248). Essa natureza é explicada porque a condução do inquérito pertence ao Ministério Público no sistema português; assim, se a Polícia tomar conhecimento de um crime, deverá documentar essa informação de forma cautelar (obviamente antes da instauração do inquérito) para repassá-la ao Ministério Público, que fará o juízo de instauração do inquérito e ordenará as medidas necessárias para a condução das investigações³⁷.

Estabelece o art. 241 que o Ministério Público pode adquirir a notícia do crime por conhecimento próprio, por comunicação dos OPC’s (através de um auto de notícia ou de encaminhamento de denúncia feita à Polícia) ou mediante denúncia (delação por terceiros). Por sua vez, também a Polícia pode tomar conhecimento do crime por denúncia de terceiros ou por diligências próprias³⁸. A comunicação do crime pela Polícia ao Ministério Público é obrigatória (art. 242.1.a do CPP português), devendo haver o encaminhamento da denúncia para todos os crimes públicos obrigatoriamente, e para os crimes semipúblicos ou particulares, se houver apresentação da queixa no prazo legal (art. 242.3 do CPP português). Nessa situação, não estará vedada a realização de atos urgentes necessários à preservação da prova (medidas cautelares e de polícia), conforme o art. 249³⁹.

Caso a Polícia tenha presenciado o crime, a comunicação do crime pela Polícia ao Ministério Público materializa-se no próprio “auto de notícia”, que deve indicar as informações mínimas referidas no art. 243 do CPP português. Caso a denúncia seja feita por particular à Polícia, deve conter, se possível, os mesmos requisitos do auto de notícia (art. 246.3). No caso de denúncia de crime particular, o ofendido deve expressar na denúncia a vontade de se constituir assistente, apresentando o respectivo pedido no prazo de 10 dias a contar da respectiva advertência para tanto (art. 246.4).

O art. 248.1 do CPP português estabelece a obrigatoriedade dessa comunicação dar-se no mais curto prazo de tempo, que não pode exceder a 10 dias. A previsão de um prazo

³⁷ Elencando diversos acórdãos que consideraram constitucional essa atribuição de competências à Polícia para agir ex officio no interesse do Ministério Público, e por este posteriormente fiscalizadas, ver M.L.M. Gonçalves, 2009:596-7.

³⁸ Mesquita, 2003:125, refere que essas atividades são denominadas pela doutrina italiana de notícias típicas (denúncia) e atípicas (resultado de uma autônoma atividade heurística).

máximo para a comunicação foi introduzida com a Lei n. 48/2007. O estabelecimento desse prazo possui vantagens e inconvenientes. A vantagem é constituir em um prazo máximo, após o qual ficará claramente evidenciado que o OPC praticou uma falta funcional, eventualmente passível de responsabilização (ainda que a norma não preveja diretamente qual seria a eventual punição, tal não impede que seja estabelecida no âmbito administrativo). O inconveniente é que essa disposição poderia levar à falsa conclusão de que o OPC pode guardar para si a informação da prática do delito por até 10 dias, quando na verdade o ideal é que essa comunicação se desse imediatamente ou no menor prazo possível. Esse dispositivo, combinado com o art. 249 do CPP, que permite a realização de diligências urgentes pelos OPC's para assegurar os meios de prova sem ordem do Ministério Público e mesmo antes de instaurado o inquérito, permitiria a conclusão de que, no plano fático, após a comunicação do crime, o OPC teria 10 dias de domínio exclusivo da investigação sem o controle processual pelo Ministério Público, de sorte que essa “zona de semiclandestinidade” tem sido objeto de preocupações no âmbito doutrinário⁴⁰.

Apesar desse prazo aparentemente dilatado de 10 dias para a comunicação da notícia do crime ao Ministério Público, existem outros dispositivos no CPP que determinam a comunicação de diligências em prazos mais curtos⁴¹. Aliás, se um OPC receber a notícia do crime, mas não for competente para sua investigação, deverá repassar a informação ao outro OPC competente no prazo máximo de 24h, conforme o art. 10.2 da Lei n. 49/2008 (Lei de Organização da Investigação Criminal), surgindo a questão curiosa de uma aparente exceção à regra do CPP de que se deve repassar a notícia do crime ao Ministério Público (CPP, art. 243.3)⁴².

³⁹ Ver Albuquerque, 2009:640; G.M. Silva, 2009:67-70.

⁴⁰ Segundo Albuquerque, 2009:647-8, esse prazo de 10 dias é inconstitucional, por violação da reserva de vida privada dos visados pelas ações de recolha de informação pela Polícia fora do inquérito, por violação ao princípio da proporcionalidade, bem como a delimitação das atribuições funcionais do Ministério Público e dos OPC's, a estrutura constitucional do processo penal, os poderes constitucionais do Ministério Público de exercício da ação penal e de domínio sobre o inquérito e as garantias da defesa (referindo decisões semelhantes nos acórdãos TC n. 456/199 e n. 334/1994). Assim sustenta que a interpretação correta do dispositivo deve ser a de que os OPC's têm o dever de comunicar imediatamente (dentro de 24h) ao Ministério Público a notícia de crime de que tiverem conhecimento no decorrer de uma atividade de prevenção criminal por iniciativa própria. Também advogando a necessidade de comunicação imediata ao Ministério Público, diante dos novos meios técnicos de comunicação (como fax ou e-mail), ver Mesquita, 2003:150.

⁴¹ Como a obrigação de comunicação imediata da detenção (art. 259), a comunicação em 48h ao juiz de instrução da suspensão cautelar da remessa de correspondência (art. 252.3), e comunicação imediata ao juiz de instrução para a validação da revista ou busca não domiciliária feita sem autorização judicial (art. 174.5.a, art. 251.1.a e art. 177.3.a) e em 72h da comunicação da apreensão cautelar feita no curso de revista ou busca (art. 178.5).

⁴² Em verdade, a interpretação mais correta é a de que deve haver dupla comunicação, uma ao Ministério Público e outra direta ao outro órgão com competência para a investigação.

O apartado 2 do referido art. 248 do CPP português reforça a obrigatoriedade da comunicação, ao estabelecer que mesmo as comunicações de crimes manifestamente infundadas devem ser objeto de encaminhamento ao Ministério Público. A disposição é relevante, pois impede que o OPC seja o juiz da tipicidade ou ilicitude da conduta comunicada ou da ainda veracidade da informação (ou da possibilidade de confirmação da veracidade). Como nem sempre os limites entre o evidente e o não tão evidente são nítidos, esse juízo deve ser realizado pelo Ministério Público, o verdadeiro titular da ação penal, com as garantias necessárias à documentação desse procedimento⁴³.

Finalmente, o apartado 3 do art. 248 do CPP português estabelece que em caso de urgência a comunicação poderá ser realizada por qualquer modo, admitindo-se a comunicação oral, a qual será seguida de comunicação escrita.

Ao receber as comunicações de crimes, o Ministério Público deve registrar todas essas comunicações em um sistema, conforme art. 247.2 do CPP português. Essa obrigação de registro é exaustiva, e abrange inclusive as denúncias manifestamente infundadas, as anônimas e outras que eventualmente não gerem a instauração de inquérito. Segundo Pinto de Albuquerque, “o caráter exaustivo do registro das denúncias é uma decorrência elementar do princípio da legalidade no exercício da ação penal (art. 219, n. 1 da CRP)”⁴⁴. Além do registro das ocorrências pelo Ministério Público, os OPC’s também possuem um registro dos processos de investigação, sendo que o OPC competente para a investigação atribui um “número único de identificação do processo”, cujas informações são partilhadas com todos os demais OPC mediante um “sistema integrado de informação criminal”, ao qual as autoridades judiciais podem ter livre acesso quanto aos processos de que sejam titulares (ver Lei n. 49/2008 – LOIC, art. 10.3 e 11.3).

⁴³ Ver G.M. Silva, 2009:68. Ressaltando ainda a possibilidade de discricionariedade quanto ao que seria ou não uma “notícia de crime”, ver VVAA, 2009:616: “O uso da expressão ‘notícias de crime manifestamente infundadas’ implica que, por definição, essas notícias mencionem fatos que constituam crime, minimamente localizadas no tempo e no espaço, já que se faltarem essas menções não poderão ser qualificadas como ‘notícia de crime’; assim, a manifesta falta de fundamento dessas notícias reportar-se-á apenas quanto aos demais elementos que o art. 243, n. 1, do CPP estabelece que devem ser mencionados em denúncias e autos de notícias”. Parece-nos que os limites do que não é uma notícia clara de crime nem sempre são claros: uma notícia de que um padastro teria praticado atos de conotação sexual com a afilhada, menor de 14 anos, há alguns anos atrás, nem é delimitada no tempo nem a conduta está individualizada, mas se a notícia for minimamente fiável, parece-nos que deve efetivamente haver a instauração de uma investigação para esclarecer os fatos, pois há uma possibilidade minimamente respaldada de verossimilhança da notícia do crime; e, nessa situação, esse juízo não pode ficar ao alvedrio da autoridade policial, devendo ser realizado pelo Ministério Público.

⁴⁴ Albuquerque, 2009:646.

Assim, percebe-se claramente a preocupação do legislador português em evitar que as comunicações de crimes fiquem exclusivamente no âmbito policial, mas seja sempre obrigatória sua comunicação e controle pelo Ministério Público.

Ao contrário, no Brasil vige na atual disciplina legal uma omissão de regras sobre o controle por parte do Ministério Público quanto às ocorrências registradas no âmbito policial. Como visto anteriormente, no Brasil o inquérito é instaurado pela autoridade policial e apenas após sua instauração e término do prazo inicial de conclusão é que será remetido ao juiz, que por sua vez o encaminhará ao Ministério Público. Assim, o Ministério Público brasileiro apenas tomará conhecimento da notícia do crime se houver instauração de inquérito policial, pois sem sua instauração não haverá qualquer procedimento a ser encaminhado ao Ministério Público. Ainda que exista alguma margem de discricionariedade na condução das investigações em um primeiro momento após a prática do crime (em Portugal, mediante as delegações genéricas e no Brasil, mediante a condução inicial do inquérito pela Polícia com posterior comunicação ao Ministério Público), essa discricionariedade inicial não pode perder de vista a efetiva titularidade dos interesses em jogo e a finalidade última da investigação criminal⁴⁵. Esse regramento legal no Brasil, de ausência de controle sobre as comunicações de crimes, em nossa visão, é incompatível com a titularidade da ação penal e a obrigação constitucional de exercício do controle externo da atividade policial e exige uma interpretação conforme a Constituição para sua correta leitura, que permita ao Ministério Público efetivamente exercer o controle sobre essas comunicações de crimes à Polícia.

3.1.1.3 Diligências investigativas de iniciativa autônoma da própria Polícia

Em Portugal, apesar de se reconhecer que a determinação da realização de diligências investigativas é uma atribuição do Ministério Público, o sistema não fecha as portas à necessidade de se atribuir algum nível de atuação autônoma da Polícia para realização de diligências investigativas. Essa liberdade de ação dá-se basicamente mediante duas modalidades: as providências cautelares quanto aos meios de prova e as delegações genéricas (em abstrato ou em concreto). Vejamos.

⁴⁵ Em outro contexto, relacionando o poder discricionário com a titularidade dos direitos em jogo, a finalidade do ato e a necessidade de seu regramento legal, ver Correia, 1987:317.

As providências cautelares quanto aos meios de prova estão previstas no art. 249 do CPP português, como uma das espécies de medidas cautelares de polícia (ao lado, portanto, da comunicação da notícia do crime, da identificação de suspeito e pedido de informações, das revistas e buscas de iniciativa policial, da apreensão de correspondências e da localização celular). Isso significa que tais diligências não são perspectivadas como uma atribuição de iniciativa ordinária própria da Polícia, antes são vistas como uma exceção à regra de que tais diligências deveriam ser sempre realizadas mediante uma prévia requisição por parte do Ministério Público ou uma autorização judicial (conforme o caso).

Assim, mesmo antes de a Polícia receber uma direção concreta do Ministério Público sobre quais diligências investigativas são relevantes para o esclarecimento dos fatos, ela tem legitimidade para realizar atos investigativos se eles forem necessários e urgentes para assegurar os meios de prova. Portanto, no âmbito das providências cautelares quanto aos meios de prova, a iniciativa autônoma da Polícia está limitada às situações de atos urgentes e necessários, que não poderiam aguardar uma prévia manifestação do Ministério Público sobre o caso, e não os atos ordinários de investigação.

No exercício dessa atividade de investigação cautelar antes de orientação concreta do Ministério Público, os órgãos de polícia criminal podem: realizar a preservação do local de crime; determinar a realização das perícias de local de crime, se houver o risco do perecimento dos vestígios do crime; ordenar que pessoas não se afastem do local do crime (possíveis testemunhas ou suspeitos da prática do crime ainda sem total confirmação); colher informações de pessoas que facilitem a descoberta da autoria; a reconstituição do crime; realizar apreensões no curso de revistas ou buscas; e adotar as medidas necessárias para assegurar a conservação e manutenção dos bens apreendidos (art. 249.2).

Mesmo após a intervenção do Ministério Público na condução da atividade investigativa, os OPC's poderão assegurar novos meios de prova de que tiverem conhecimento, com a obrigação de darem *imediate notícia* dessas novas provas ao Ministério Público (CPP, art. 249.3 e art. 253, Lei n. 37/2008 – Lei Orgânica da PJ, art. 12.2).

Nos termos do art. 270.4 do CPP português, o Ministério Público pode delegar aos órgãos de polícia criminal, mediante um despacho genérico, a realização de diligências

investigativas para crimes específicos, ou com determinados limites de penas. Essas delegações genéricas são antecipações hipotéticas de situações com a requisição de atuação de determinada forma. Nessas situações, nos limites das diretrizes traçadas pelo Ministério Público, o órgão de polícia criminal poderá ter uma iniciativa de investigação mais alargada, mesmo sem uma requisição específica de diligências pelo Ministério Público. Há diligências específicas que não podem ser delegadas à Polícia, como receber depoimentos juramentados, ordenar perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa, exame susceptível de ofender ao pudor, realização de buscas domiciliares fora da situação de urgência e outros atos privativos do Ministério Público (CPP, art. 270.2). A qualquer momento, o Ministério Público pode condicionar ou avocar as competências de diligências autônomas concedidas à Polícia em despacho de delegação genérica de competências de investigação criminal (Lei n. 37/2008, art. 12.3 e Lei n. 48/2008, art. 2.7)⁴⁶.

3.1.2 Itália

3.1.2.1 Características gerais do sistema

Na Itália vige o sistema acusatório para o processo penal. As características marcantes desse sistema, na Itália, são as distinções de natureza subjetiva dos titulares das diversas funções processuais, ou seja, a separação de funções entre o juiz e as partes e as questões atinentes à formação da prova. Isso significa que a “acusatoriedade” implica um afastamento da função decisória (juiz) das atividades de investigação e início da ação penal (acusação)⁴⁷. Para tanto, atribuiu-se ao Ministério Público a responsabilidade de dirigir a atividade investigativa e subtraiu-se-lhe a possibilidade de ter poderes decisórios sobre a liberdade da pessoa submetida à investigação. Não há juiz de instrução, que é visto como uma violação ao sistema acusatório por ter poderes de iniciativa de investigação e também de decisão sobre a restrição de direitos. Ao contrário, há apenas o *giudice per le indagini preliminari*, um juiz que acompanha as investigações apenas para decidir sobre a restrição de alguns direitos fundamentais. Já no âmbito da gestão da prova, há princípios diretores relativos à imediatidade de contato do juiz com a

⁴⁶ Conferir o referido art. 2.7 da Lei n. 48/2008: “Os órgãos de polícia criminal impulsionam e desenvolvem, por si, as diligências legalmente admissíveis, sem prejuízo de a autoridade judiciária poder, a todo o tempo, avocar o processo, fiscalizar o seu andamento e legalidade e dar instruções específicas sobre a realização de quaisquer actos”.

prova, que se dá em audiência e com a participação das partes e um conjunto de regras severas que limitam a possibilidade de elementos de informação contidos nas investigações preliminares serem transportados para o processo (e, portanto, para a cognição do juiz): trata-se do sistema de autos duplos (*doppio fascicolo*).

No sistema do código de processo penal italiano de 1930, havia o sistema da instrução (*istruzione*), na qual a investigação ocorria perante o juiz de instrução (*giudice istruttore*) na hipótese de instrução formal, ou apenas perante o Ministério Público na hipótese de uma instrução sumária. Ao contrário, com a reforma do novo código de processo penal de 1988, extinguiu-se essa fase da instrução e criou-se a fase da investigação preliminar (*indagini preliminari*), que é conduzida diretamente pelo Ministério Público, com intervenções do juiz para as investigações apenas nas situações em que for necessário (*giudice per le indagini preliminari*)⁴⁸. Esse juiz não possui funções ativas de investigação, mas possui as funções, não menos importantes, de controle e de garantia, bem como o dever de prover os requerimentos feitos pelo Ministério Público, parte privada, vítima e investigado.

Essa fase das investigações é vista como uma fase teleologicamente direcionada ao esclarecimento de fatos destinado ao exercício da ação penal⁴⁹. Para tanto, estabelece o art. 327 do CPP italiano que o Ministério Público dirige a investigação e para tanto, possui a possibilidade de dispor diretamente da Polícia Judiciária. O Ministério Público é o *dominus* da fase investigativa⁵⁰. Assim, o Ministério Público pode tanto realizar diretamente a investigação, como delegar atos específicos para a Polícia, incluindo interrogatórios e acareações de pessoas em liberdade, com participação obrigatória do defensor (art. 370.1). No exercício de sua atividade de investigação, o Ministério Público deve apurar não apenas os fatos de interesse da acusação, mas também os fatos e circunstâncias favoráveis à pessoa submetida à investigação (art. 358), revelando os princípios da atuação objetiva e da busca da verdade⁵¹.

No sistema processual italiano, os integrantes do Ministério Público são integrantes da magistratura, especializada quando à atividade de promover obrigatoriamente a

⁴⁷ Chiavario, 2009:22.

⁴⁸ Chiavario, 2009:397.

⁴⁹ Sobre essa finalidade específica, ver Chiavario, 2009:398.

⁵⁰ Lupária, 2009:173.

⁵¹ Chiavario, 2009:398-9.

ação penal (art. 107.4 e art. 112 da Constituição Italiana)⁵². Assim, há um concurso de seleção idêntico para uma única carreira, sendo possível que um membro da magistratura requerente decida posteriormente ser removido para a magistratura judicante ou vice versa⁵³. Portanto, há uma série de medidas leves restritivas de direitos fundamentais que podem ser autorizadas diretamente pelo Ministério Público à Polícia, tais quais a realização de buscas domiciliares, apreensão de correspondência, homologação de apreensão de bens e outras.

A Polícia não é vista na Itália como um sujeito processual, mas como um dos “protagonistas da atividade de investigação”, ao lado do Ministério Público⁵⁴. Não há uma relação de paridade entre Polícia e Ministério Público, ao contrário, é o Ministério Público quem dirige a atividade de investigação, com poderes de “dispor diretamente da Polícia Judiciária” (CPP italiano, art. 327). Essa disposição é uma aplicação concreta do art. 109 da Constituição Italiana, segundo a qual “a autoridade judiciária dispõe diretamente da Polícia Judiciária”, entendendo-se inserido no conceito de autoridade judiciária o Ministério Público. Seu relacionamento deve ser marcado por um “quadro global de colaboração”. Apesar dessa disposição da Polícia pelo Ministério Público em primeira linha, também o juiz pode dispor da Polícia (assim como de qualquer órgão pertencente à “força pública”) para assegurar o cumprimento dos atos aos quais proceder (art. 131 do CPP italiano), especialmente durante a realização dos atos de audiência pública (art. 470.2)

A atividade de direção da Polícia pelo Ministério Público chega ao ponto de permitir que, além dos serviços (*servizi*) de Polícia Judiciária previstos na lei (equivalentes à polícia tradicional), também haja seções (*sezioni*) de Polícia Judiciária instituídas perante cada Procuradoria da República, compostos com pessoal do serviço de Polícia Judiciária, mediante poderes de requisição de lotação dos policiais. Essa estrutura cria um ambiente de integração

⁵² Segundo alguns, essa aproximação entre as carreiras da magistratura e do Ministério Público geraria um certo corporativismo entre as duas instituições, que acabaria gerando uma excessiva “homologação” das manifestações do Ministério Público pelos magistrados judiciais, com (suposto) excesso na utilização da prisão preventiva, medidas alternativas de controle processual e de confisco. Ver: Di Federico e Sapignoli, 2002. Comentando sistemas comparados de aproximação das carreiras entre Ministério Público e Magistratura judicante, ver Violini, 2011.

⁵³ J.E.S. Paes, 2003:132.

⁵⁴ Chiavario, 2009:399. Todavia, como argumenta Cordero, 2003:229, há uma novidade no novo código de processo penal italiano ao incluir a Polícia no Livro I do CPP, que relaciona os sujeitos processuais, colocando-a logo após o Ministério Público, ou seja, reconhecendo-a como um sujeito processual e subordinando *ope legis* sua ação à direção do Ministério Público.

quase orgânica entre as duas instituições, já que as seções são organizadas praticamente dentro do Ministério Público⁵⁵. Todavia, a relação entre Polícia e Ministério Público não é de dependência hierárquica e estrutural, já que são instituições distintas, mas apenas de dependência funcional, necessariamente marcado por um sistema de estreita colaboração prática⁵⁶. Essa inter-relação chega ao ponto de se permitir que o Ministério Público vede uma transferência de um policial determinada por um superior, quando o policial está envolvido em determinada investigação conjunta com o Ministério Público⁵⁷.

Quanto às atividades de Polícia Judiciária, dispõe o art. 55.1 do CPP italiano que “a Polícia Judiciária deve, ainda que de iniciativa própria, tomar notícia dos crimes, impedir que venham ocorrer consequências subsequentes, investigar os autores dos crimes, cumprir os atos necessários para assegurar as fontes de prova e recolher tudo quando possa servir para a aplicação da lei penal”. Portanto, ainda que a direção da atividade de investigação seja atribuição primordial do Ministério Público, à Polícia também é reconhecida uma ampla iniciativa de ação no desempenho de sua atividade de auxiliar do titular da ação penal, mediante posterior controle pelo Ministério Público⁵⁸. A Polícia Judiciária possui em seus quadros agentes de polícia e

⁵⁵ Chiavario, 2009:400; Cordero, 2003:229. O art. 5 *et seq.* das Normas de Atuação do CPP estabelecem uma série regras quanto a essa interação orgânica dos serviços de polícia perante as Procuradorias da República, como o número mínimo de policiais (não inferior ao dobro do número de procuradores), o número mínimo de oficiais dentre os policiais (não inferior a dois terços), participação da chefia do Ministério Público na lotação dos policiais perante a instituição, necessidade de para atos de prévio parecer favorável do Procurador-Geral perante a Corte de Apelo para a promoção na carreira se do policial e, inclusive com regramento sobre a participação do Ministério Público no processo disciplinar da Polícia. Sobre o tema, ver *infra*, subseção 5.2.3.

⁵⁶ Lupária, 2009:174.

⁵⁷ Conferir a redação do art. 11.1 das Normas de Atuação do CPP italiano: “As transferências do pessoal da seção de Polícia Judiciária ocorre por decisão da administração da instituição policial à qual pertence o policial, sob proposta motivada do dirigente do ofício ministerial perante o qual atua a seção, ou ainda por iniciativa da administração policial, mediante prévia concordância do mesmo e do Procurador-Geral perante a Corte de Apelação”.

⁵⁸ Deve-se realçar que esse esquema de Ministério Público aproximado da magistratura e Polícia sob dependência do Ministério Público tem sido objeto de tentativas de reformas na Itália pelos partidos de centro-direta (Nelken, 2010:55). Como lembra Nelken, 2010:47, “na Itália, muitas ‘reformas’ no processo penal estão diretamente relacionadas com a tentativa de Berlusconi de livrar-se de processos em andamento”. Com uma visão crítica das diversas propostas de reforma legal em tramitação no parlamento italiano e da respectiva tendência da Corte Constitucional de manter o papel do Ministério Público como condutor das investigações, ver Andronio, 2009:291-4. Alessandri, 2011, comenta o projeto de reforma constitucional que pretende retirar do Ministério Público a dependência funcional da Polícia Judiciária, retirar-lhe o poder de receber a notícia do crime e estabelece um monopólio da Polícia para as diligências técnicas, o que seria, segundo ele, um grave retrocesso, de uma “investigação policialesca”, com graves consequências especialmente no âmbito da criminalidade econômica, pois “um Ministério Público desarmado, como quer a reforma, não se apresenta verdadeiramente em condições de fazer frente, com um mínimo de credibilidade, à criminalidade econômica moderna. Talvez, seja exatamente isso que se quer [com a reforma]” (Alessandri, 2001:49). Também indicando essa tendência de restrição da magistratura pelo executivo, v. Vogliotti, 2011.

oficiais de polícia (*agenti ed ufficiali di polizia*). Nas hipóteses de exceção em que se permite à Polícia realizar atividades restritivas de direito em situações de urgência com posterior controle pelo Ministério Público, o poder de decisão de tais atividades é reservado aos oficiais de polícia judiciária.

Conforme observa Lupária, o quadro delineado pela versão original do CPP italiano de 1988, de Ministério Público dirigente e Polícia integralmente subordinada, está sendo progressivamente alterado pelas sucessivas reformas legislativas que passam a dar mais poderes de iniciativa à Polícia em situações de urgência, com posterior controle pelo Ministério Público, o que acaba por transformar o Ministério Público de dirigente primário para, em termos práticos, muitas vezes em coordenador e fiscalizador das atividades da Polícia⁵⁹. Alguns retratam essa situação de forma mais positiva como uma situação de “gestão colaborativa e conjunta da investigação”⁶⁰. Todavia, a doutrina argumenta que esse novo quadro coloca em discussão princípios antes assentes no CPP italiano relativos à obrigatoriedade da ação penal, a garantia de igualdade dos cidadãos perante a lei e a própria independência do Ministério Público⁶¹.

Mesmo no exercício da atividade a iniciativa da Polícia, o Ministério Público exerce ampla atividade de controle posterior da atividade policial, destacando-se as seguintes: (a) possibilidade de ordenar o relaxamento da detenção de pessoa para identificação (art. 349.5 do CPP), convalidação das buscas locais ou pessoais feita pela Polícia em situações de emergência (art. 352.4), convalidação das apreensões (art. 355), autorização de abertura de correspondências (art. 353.2), o direito de ter à sua disposição a pessoa presa ou detida (art. 386), direito à imediata transmissão da ata e resumo das interceptações telefônicas (art. 268.4), direito do imediato

⁵⁹ Lupária, 2009:175. E ele ilustra: antes a notícia do crime deveria ser transmitida ao Ministério Público em 48 horas, agora deve ser feita “sem retardo” (art. 347.1, CPP), o que traduz-se numa maior maleabilidade. Também a iniciativa de recolhimento de provas urgentes, que antes era limitado ao momento em que o Ministério Público ainda não houvesse assumido a direção da atividade de investigação, agora também é estendida a esse momento para as situações de urgência (art. 348.1), legitimando uma “gestão binária das investigações”.

⁶⁰ D’Ambrosio e Vigna, 2003:145. Eles falam, ademais, que a gestão da investigação criminal deve concretizar-se como uma *task force*, estando Polícia e Ministério Público em constante colaboração institucional. Indicando a possibilidade de sinergia entre as duas instituições, afirma Vogliotti, 2011:90: “A colaboração realiza-se de modo informal, por meio de reuniões periódicas e telefonemas. Às vezes, a cooperação é tão estreita que, quando a matéria é muito técnica e complexa, certas procuradorias submetem até mesmo o ato de acusação à verificação de policiais (e peritos) que acompanharam o inquérito. A imagem que resulta disso é a de uma relação bastante personalizada e fundada sobre a confiança recíproca”.

⁶¹ Lupária, 2009:177.

encaminhamento das informações obtidas pela Polícia no exercício de sua atividade de investigação de iniciativa própria (art. 348.3)⁶².

O Ministério Público conduz ou acompanha a investigação durante o período de seis meses (regra geral, com exceções pontuais), contado após a inscrição do nome do suspeito no registro de notícias de crimes, após o qual deverá pedir ao juiz uma autorização para continuar a investigação (*proroga del termini* – art. 405.2 c/c art. 406). O prazo total da investigação não pode superar a 18 meses (art. 407.1), com exceções tópicas de prorrogação até dois anos. Em muitos casos o Ministério Público possui o poder de decidir conduzir diretamente a investigação. Usualmente nos casos de crimes financeiros e econômicos, diante da especialização da matéria, normalmente é o próprio Ministério Público quem conduz as investigações⁶³.

3.1.2.2 Comunicação da notícia do crime

A fase inicial da investigação criminal na Itália é chamada de atividade de informação, e compreende tanto a obtenção da notícia do crime quanto seu encaminhamento ao Ministério Público⁶⁴.

Segundo o CPP italiano, a notícia do crime pode ser endereçada tanto ao Ministério Público como à Polícia (art. 330). Em termos práticos, a maioria das notícias é feita pelos cidadãos à Polícia, por sua capilaridade e maior acessibilidade. Todavia, ainda que ambos estejam no mesmo plano como possíveis receptores da notícia do crime, entende-se que a Polícia é uma destinatária mediata, e o Ministério Público é o verdadeiro destinatário imediato da notícia crime⁶⁵. Isso porque, como visto, é o Ministério Público quem dirige o curso das investigações e, portanto, deve receber as notícias de crimes. Para tanto, a Polícia deve encaminhar ao Ministério Público por escrito as informações essenciais sobre o crime (o que corresponderia ao boletim de ocorrência, no Brasil), bem como as demais informações eventualmente colhidas. Tal comunicação deve ocorrer “sem retardo” (art. 347.1), havendo regras de que, se houve realização de um interrogatório quando da comunicação do crime, esse deve ser comunicado em 48 horas (art. 347.2-bis), ou caso se trate de criminalidade organizada, deve haver comunicação oral

⁶² D’Ambrosio e Vigna, 2003:148.

⁶³ Alessandri, 2011.

⁶⁴ D’Ambrosio e Vigna, 2003:161 *et seq.*; Aprati, 2009.

⁶⁵ Chiavario, 2009:402.

imediata, seguida da comunicação escrita posterior (art. 347.3)⁶⁶. O art. 108-bis das Normas de Atuação do CPP estabelece a possibilidade de transmissão por meio informático da notícia do crime da Polícia ao Ministério Público. Todavia, mesmo antes dessa comunicação pode haver intervenção do Ministério Público no caso de procedimento de controle de buscas, revistas, apreensões, prisão e *fermo*.

No caso de notícias anônimas do crime, estabelece o art. 333.3 que delas não se pode fazer uso, a não ser que se trate de corpo de delito (art. 240.1). Todavia, nada impede que diante de tais informações se desenvolva uma atividade preliminar para confirmar a sua veracidade e, diante da confirmação da notícia, se transmita ao Ministério Público uma notícia crime de cognição direta pela Polícia. Assim, o anonimato não possui efeito suficiente de propulsão da atividade investigativa per si, mas possui validade enquanto transmissão de informações aptas a iniciar uma atividade preliminar de confirmação dessa informação⁶⁷.

Entende-se que a atividade da Polícia de busca da notícia do crime configuraria uma espécie de pré-investigação, que estaria limitada à confirmação da notícia do crime e seguida da obrigatoriedade da respectiva comunicação ao Ministério Público⁶⁸. Para a realização dessas atividades, a Polícia não pode utilizar poderes coercitivos, apenas dos meios que estão à disposição das pessoas em geral.

Ao receber a notícia do crime, o Ministério Público ordena a anotação da informação no registro previsto no art. 335 do CPP, sendo este o ato inicial da atividade de investigação a partir do qual contam-se os prazos de conclusão da investigação. Não há requisitos exigentes sobre o que é efetivamente uma *notitia criminis* forte o suficiente para justificar o seu registro (e, portanto, o início de uma atividade investigativa) pois a intenção do legislador foi a de

⁶⁶ A versão original do CPP previa que a comunicação da *notitia criminis* da Polícia ao Ministério Público deveria ocorrer no prazo máximo de 48 horas. Uma alteração de 1992 estabeleceu esse prazo fixo pela expressão “sem retardo”. Todavia, apesar da atual maior maleabilidade, não se alterou a principiologia da disciplina, pois ainda é o Ministério Público o titular primário da atividade de investigação criminal: Lupária, 2009:188.

⁶⁷ Uma disciplina polêmica nesse tema é feita pelo art. 225 da Normas de Atuação do CPP italiano, que estabelece que ainda se aplicam as regras relativas ao art. 41 do R.D. n. 773/1931 e do art. 33 da Lei n. 4/1929, que estabelecem que permite que a Polícia realize uma busca domiciliar diante da notícia, ainda que anônima, relativa à presença ilícita de armas, munições, explosivos e em relação à prevenção de violações da lei financeira (ver Lupária, 2009:182-3). Parece-nos especialmente questionável a admissibilidade de realização da busca domiciliar diante de notícias anônimas, pois, em termos práticos, tal consistiria em atribuir um cheque em branco à Polícia para realizar violações domiciliárias sempre que quisesse, ao argumento de ter recebido uma notícia anônima (talvez do próprio policial...). Vale recordar que tal legislação antiga remonta ao período fascista.

diminuir o espaço de discricionariedade da Polícia nessa análise e privilegiar a comunicação ao Ministério Público, com posterior análise diretamente por esse órgão da viabilidade de continuidade das investigações⁶⁹.

No caso de notícia de crime contra pessoa desconhecida, é admissível que a Polícia transmita a notícia do crime e posteriormente transmita apenas quais atos foram realizados para identificar o possível investigado em uma comunicação em uma lista mensal (art. 107-bis das Normas de Atuação do CPP). Nesse caso, passado o tempo sem qualquer esclarecimento da autoria e sem perspectiva de esclarecimento, é admissível que o requerimento do Ministério Público e a decisão do juiz sobre o arquivamento ocorra na forma de um “arquivamento coletivo”, fazendo menção no despacho de arquivamento do Ministério Público e na decisão do juiz à relação de investigações sem autoria indicadas na lista mensal encaminhada pela Polícia, com indicação das notícias que o Ministério Público e o juiz entendem dever excluir do arquivamento (art. 415.4).

3.1.2.3 Diligências investigativas de iniciativa autônoma da própria Polícia

A Polícia italiana possui uma iniciativa de investigação independente da existência de ordens do Ministério Público. Isso significa que ela pode tomar iniciativas de ofício para realizar a investigação dos fatos, mesmo que não sejam urgentes e mesmo antes de comunicar o Ministério Público ou de receber uma diretiva para realizar determinado ato de investigação, poderes chamados de providências cautelares (*assicurazione*) das fontes de prova (art. 348). Mesmo após a transmissão da notícia do crime ao Ministério Público, a Polícia poderá continuar a atividade de recolher as fontes de prova para o Ministério Público. Após a intervenção do Ministério Público na investigação, a Polícia deverá cumprir suas requisições (ou a delegação de atos específicos de investigação, chamados de *delega*), sem prejuízo de também desenvolver uma atividade por iniciativa própria de investigação, devendo assim realizar a comunicação ao Ministério Público “prontamente” dos novos elementos de informação

⁶⁸ Lupária, 2009:183.

⁶⁹ Lupária, 2009:186.

recolhidos⁷⁰. Todas as informações produzidas pela Polícia Judiciária devem estar à disposição do Ministério Público (art. 357.4).

A esfera de atos de investigação que podem ser praticados pela Polícia podem ser atos conservativos (v.g., do lugar do crime) ou propriamente de investigação, entre os quais se inclui o poder de realizar buscas no local da prática do crime em estado de flagrância, entrevistas com as pessoas (*sommarie informazioni*, uma documentação sem formalidades das informações recebidas), identificação das pessoas envolvidas nos fatos e possíveis futuras testemunhas, apreensão preventiva de correspondências e outras. Tais diligências devem ser documentadas, seja mediante uma anotação informal (*annotazioni*), seja mediante o registro em ata da diligência (*verbalizzazione*), que pode ser resumida ou integral⁷¹. Em relação a todas essas atividades autônomas realizadas pela Polícia há a obrigação de dar “imediata notícia” ao Ministério Público de sua realização (art. 386.1 CPP). Entende-se que a documentação da atividade policial é pressuposto necessário para a existência de controle posterior pelo Ministério Público da

⁷⁰ Vale referir nesse ponto o art. 348.3 do CPP italiano: “Após a intervenção do Ministério Público, à Polícia judiciária compete praticar os atos a ela especificamente delegados com fundamento no art. 370, seguir as diretivas do Ministério Público e ainda desenvolver de própria iniciativa, informando prontamente ao Ministério Público, todas as outras atividades de investigação para o esclarecimento do crime ou para subsidiar pedidos [de medidas cautelares] relativos a elementos de informação posteriormente descobertos e assegurar as novas fontes de prova”. Lupária, 2009:176, fala aqui da existência de um “princípio de autonomia investigativa da Polícia”, que acaba por permitir direções paralelas à investigação, uma decorrente das diretivas do Ministério Público e outra decorrente do poder autônomo de iniciativa da Polícia. Quanto a essa degeneração do modelo original do CPP italiano, com reformas que acabam por conceder crescente autonomia decisória e operativa à Polícia, comenta que as referidas legislações de reforma foram promulgadas na sequência de eventos criminosos que abalaram a opinião pública e, portanto, estão carregados de profundo significado simbólico, incluindo-se naquilo que já referimos anteriormente como fenômeno de *policialização*.

⁷¹ Via de regra os atos policiais são documentados mediante *annotazione sommaria*, segundo a modalidade considerada idônea à espécie (art. 357.1). Apesar da regra geral de informalidade de documentação dos atos policiais mediante *annotazione*, há um conteúdo mínimo previsto no art. 115 do CPP, com indicação do policial que realizou a diligência, dia, hora e local, e enunciação sucinta do resultado. A *verbalizzazione* equivale a uma documentação em uma ata (*verbale*) da diligência, portanto, com maior fidelidade com a documentação integral da manifestação (a documentação, todavia, não precisar ser integral, podendo ser a documentação resumida das informações prestadas). A documentação em ata com transcrição integral (*verbalizzazione integrale*) é exigida para a documentação da comunicação da notícia do crime, da *sommarie informazione* (entrevista) com o investigado, suas declarações espontâneas, a entrevista de pessoa diversa do investigado, e ainda para a documentação das buscas pessoais ou locais e do respectivo sequestro (art. 357.2 e .3 c/c art. 373.1 e .2), enquanto a ata com documentação resumida (*verbalizzazione riassuntiva*) é permitida para a diligência de controle de identificação, apreensão de correspondência e o sequestro na cena do crime (art. 357.2 e .3 c/c art. 373.3) e ainda para o relatório das interceptações telefônicas (art. 268.1), inspeções urgentes (art. 354), diligência de cumprimento de mandado de prisão (art. 293.1). Além dessas modalidades de documentação externa, há ainda as documentações internas à Polícia, para controle hierárquico interno, chamadas de *relazioni di servizio*; todavia, em situações específicas tais comunicações internas podem vir a integrar o quadro documental do inquérito. Ver Chiavario, 2009:702-3; Lupária, 2009:234-9. Quanto ao nível de informalidade admitido, há entendimento de que seria admissível a realização de *sommarie informazioni* mesmo para entrevistas informais com testemunhas por telefone: Lupária, 2009:209.

atividade policial, de forma que “todo ato deve deixar um traço escrito”⁷². Essas comunicações devem ser feitas no prazo mais breve possível, de forma a evitar disfunções na investigação, gerando um duplo trabalho pelo Ministério Público ou impedindo-lhe o conhecimento de um fato relevante para sua decisão. A Polícia encaminha o original da diligência ao Ministério Público e fica com uma cópia, fazendo um “auto interno” da investigação em duplicado ao do Ministério Público.

Na redação original do CPP a intervenção autônoma da Polícia era limitada aos casos de não intervenção do Ministério Público na investigação pois, após essa intervenção, a Polícia ficaria limitada às diretrizes do Ministério Público. As posteriores reformas do CPP italiano (especialmente pelo D.L. 306/1992 e Lei n. 128/2001), passaram a ampliar essa possibilidade de intervenção da Polícia para além dos limites da diretriz do Ministério Público⁷³. Todavia, entende-se que a intervenção da Polícia deve ser feita no interesse das diretrizes do Ministério Público, de sorte que não é admissível o desenvolvimento de atividades que se ponham em oposição com as diretrizes expedidas pelo Ministério Público⁷⁴.

Apenas no procedimento perante o juiz de paz (para contravenções) é que a Polícia possui ampla liberdade para investigar e esclarecer os fatos sem vinculação a direções do Ministério Público, já estando autorizada por lei ao proceder a investigações por um prazo de até 4 meses após o recebimento da notícia do crime, remetendo ao final o resultado ao Ministério Público (art. 11.1, D.L. 274/2000)⁷⁵. Todavia, não cabe à Polícia avaliar a qualidade do resultado da investigação para informar ou não o Ministério Público, sendo obrigatória a comunicação e privativo do Ministério Público o juízo sobre a admissibilidade de arquivamento ou ajuizamento da ação penal. Apenas se a notícia for encaminhada diretamente ao Ministério Público este poderá já promover o arquivamento, oferecer denúncia ou encaminhar a investigação à Polícia com diretivas específicas. Assim, em regra, a atividade de investigação da Polícia é realizada antes da comunicação ao Ministério Público, portanto antes do registro da notícia do crime no registro ministerial (ato inicial da investigação no sistema do CPP), e com liberdade para estabelecimento da linha de investigação sem diretivas do Ministério Público. Tal flexibilização

⁷² Lupária, 2009:235.

⁷³ Chiavario, 2009:405.

⁷⁴ Lupária, 2009:178.

no controle pelo Ministério Público se justifica pela impossibilidade de imposição de pena privativa de liberdade ou medidas cautelares restritivas da liberdade. Todavia, tal liberdade à Polícia não se estende aos atos de investigação subtraídos ordinariamente da sua competência, como buscas domiciliares e apreensões, perícias irrepetíveis, interrogatório, acareação com o investigado e apreensão de correspondências.

Quando o Ministério Público recebe a comunicação da notícia do crime, poderá assumir a condução direta da investigação (*atti diretti*), delegar genericamente a condução da investigação (*compimento di attività di indagine*) ou ainda delegar determinados atos de investigação à Polícia (*atti specificamente delegati*), incluindo-se a possibilidade de delegar a realização do interrogatório de pessoa que não esteja presa, sendo sempre obrigatória a presença do advogado (art. 370.1)⁷⁶. Para a situação de pessoa presa em flagrante, o interrogatório é realizado obrigatoriamente pelo Ministério Público (art. 388).

Lupária classifica a atividade de investigação da Polícia em quatro espécies⁷⁷:

Atividade autônoma: é aquela realizada para obtenção da notícia do crime e para o sucessivo esclarecimento dos fatos antes de o Ministério Público assumir a direção da investigação⁷⁸;

Atividade guiada: é aquela realizada pela Polícia segundo as diretrizes específicas expedidas pelo Ministério Público;

Atividade sucessiva: é aquela atividade desempenhada pela Polícia na sequência de sua atividade autônoma ou guiada, a partir das informações aí obtidas;

Atividade paralela: é aquela que ocorre quando o Ministério Público assume a direção da investigação na forma de investigação direta, restando para a Polícia uma atividade

⁷⁵ Lupária, 2009:176, fala aqui de uma espécie de “independência de decisão em relação ao Ministério Público”. Para uma análise minuciosa, ver Lupária, 2009:189-194.

⁷⁶ Para uma visão geral desse quadro, ver Cordero, 2003:231.

⁷⁷ Lupária, 2009:178-9. No mesmo sentido: D’Ambrosio e Vigna, 2003:150.

⁷⁸ Apesar da obrigação da Polícia em realizar a comunicação da *notitia criminis* ao Ministério Público “sem retardo”, na eventual dilatação desse prazo de comunicação, a jurisprudência italiana não sanciona com *inuizabilità* (ilicitude probatória) as informações recolhidas pela Polícia antes da inscrição da notícia do crime no registro do Ministério Público (ato inicial da investigação): Corte de Cassação Penal, Seção Unida, 21 jun. 2000, *Tammaro*, *apud* Lupária, 2009:188.

paralela de investigação, mediante obrigatoriedade de imediata comunicação ao Ministério Público.

A CPP italiano faz uma distinção entre meios de investigação de prova (*mezzi di ricerca della prova* – art. 244 *et seq.*) e os meios de prova (*mezzi di prova* – art. 194 *et seq.*). Entre os meios de prova estão o testemunho, a oitiva das partes (*esame delle parti*), a acareação (*confronto*), o reconhecimento de pessoas ou coisas (*ricognizione*), a reconstituição dos fatos (*esperimenti giudiziali*), a perícia e os documentos. As provas, em regra, são praticadas perante o juiz, em contraditório, como expressão de um direito à prova (art. 190).

Já os meios de investigação da prova são meios destinados a obter o conhecimento de um meio de prova, para serem posteriormente utilizados em juízo. Estão nessa espécie as inspeções (*inspezioni*) pessoais e domiciliárias (destinadas a documentar o estado de uma pessoa, um lugar ou coisa), a revista (*perquisizione*) pessoal ou em local (incluída aqui a domiciliária), a apreensão (*sequestro*) de bens, correspondências e informações, e a interceptação de conversas telefônicas.

A Polícia possui discricionariedade técnica quanto à forma de execução dos atos de investigação, vigendo nesse âmbito um princípio de atipicidade dos atos de polícia, que guiam-se pela funcionalidade para a reconstrução dos fatos⁷⁹. Assim, apenas em relação aos atos de investigação para os quais haja prescrição específica de um procedimento é que ele será observado, deixando-se aos demais a liberdade de ação da Polícia, mediante posterior documentação e controle pelo Ministério Público. Entre essas atividades, Lupária acrescenta a atividade de vigilância sigilosa seguindo-se os passos de pessoa submetida a investigação (*pedinamento*), seguida de documentação fotográfica ou de vídeo.⁸⁰ Ou ainda a vigilância de local ou de pessoa em situação fixa (*appiattimento*), com registro fotográfico ou de vídeo da pessoa controlada (atividade conhecida no Brasil como *campana*). Essas atividades, acrescenta Lupária, apenas podem ser realizadas livremente pela Polícia se ocorrem em local público ou aberto ao público, pois caso contrário violariam o direito à inviolabilidade domiciliar. Lupária argumenta que, nessas situações, o controle da pessoa através de aparelho GPS não seria

⁷⁹ Lupária, 2009:179. Essa autonomia de atos a serem desempenhados é indicada também pela expressão “entre outros” indicada no art. 348.2, quando à indicação dos atos a serem praticados pela Polícia para assegurar o esclarecimento do fato e a identificação de seu autor.

equiparável à interceptação telefônica, mas à campana e, portanto, não necessitaria de prévia autorização judicial⁸⁰. Além dessas medidas atípicas, acrescentam-se as atividades de identificação de pessoas, identificação de coisas (normalmente mediante recurso fotográfico), obtenção de informações de pessoa integrante de organização criminosa, a possibilidade de aquisição simulada de drogas para descobrir atividades de tráfico (art. 97 da D.P.R. n. 309/1990), aquisição simulada de bens para descoberta de delitos de terrorismo, substituição de dinheiro, documentos, drogas ou coisas que sejam objeto, produto ou meio de cometer crime (art. 4 da Lei n. 438/2001), todas essas disposições que são lidas à luz da Lei n. 146/2006, que ratificou na Itália a Convenção de Palermo sobre a criminalidade organizada transnacional⁸².

Apesar de a atividade de assegurar o recolhimento das provas após a prática do crime ser atribuição primária da Polícia, é possível que outras autoridades públicas colaborem com essa atividade. Assim, estabelece o art. 220 das Normas de Atuação do CPP que, quando no curso de atividade de inspeção ou vigilância previstas em lei surja indício da prática de crime, os atos necessários para proteger as fontes de prova e recolher o necessário para aplicação da lei penal deve ser feito com observância do CPP, portanto uma norma endereçada às outras instituições que não a Polícia.

3.1.3 Alemanha

3.1.3.1 Características gerais do sistema

Na Alemanha, o membro Ministério Público (*Staatsanwalt*) é considerado como um funcionário público (*Beamte*), submetido aos poderes de diretiva pelo Ministro respectivo assim como todos os demais funcionários públicos. Todavia, a doutrina entende que o Ministério Público é um órgão *sui generis* de administração da justiça (*Organ der Rechtspflege sui generis*), não reconduzível ao mesmo nível constitucional da magistratura judicante, eis que

⁸⁰ Lupária, 2009:180.

⁸¹ Lupária, 2009:180-1.

⁸² Lupária, 2009:181-2. D'Ambrosio e Vigna, 2003:151, argumenta que a admissibilidade de diligências atípicas de investigação decorre da impossibilidade de se catalogar em antecedência todas as formas de formação de um conhecimento sobre um fato histórico, de forma que, apesar de não terem disciplina legal, devem ser limitados ao respeito aos direitos fundamentais e às exigências de eficiência na investigação.

inserido numa organização hierárquico-administrativa de estrutura piramidal⁸³. Apenas um segmento minoritário vê no Ministério Público uma magistratura, reconduzível às mesmas garantias e poderes da magistratura judiciária⁸⁴. Assim, a atuação do Ministério Público está subordinada às diretrizes do Ministro da Justiça, que são não apenas políticas, mas de natureza técnica e administrativa; todavia, usualmente essas diretivas são de efeito genérico e técnico, e apenas em casos de relevante repercussão social é que são especificamente direcionadas para um caso concreto, mas ainda assim dentro dos limites legais e “controláveis”⁸⁵. Dentro do Ministério Público há uma rígida hierarquia, de sorte que o Procurador-Geral possui poderes para substituir o membro do Ministério Público a qualquer momento. Todavia, como argumenta Vincoli, essa aparente dependência do Ministério Público do Executivo é contrabalanceada com um sistema de federalismo, que permite aos diversos poderes executivos dos *Länder* estabelecerem suas prioridades de política criminal, o que assegura um “pluralismo substancial nas escolhas de política criminal” que exigem uma coordenação para a formação da política federal, portanto afastam um controle monolítico da atuação do Ministério Público⁸⁶. Ademais, a formação jurídica inicial tanto dos membros do Ministério Público quanto da magistratura (bacharelado em direito, primeiro teste de habilitação, dois anos de prática jurídica, segundo teste de habilitação, seguido da seleção para as carreiras a partir das notas do teste de habilitação) é um fator relevante para uma cultura interna homogênea comum no sentido de uma atuação técnica e apolítica⁸⁷.

Esse modelo alemão tem sido fortemente criticado pelo fato de que, quando uma investigação envolver atores políticos, há uma forte intervenção do Ministro da Justiça do *Land* para ter ciência imediata da investigação, acompanhá-la de perto e eventualmente até emitir diretivas específicas, de forma que “em todos os casos em que a política está envolvida, o Ministério Público alemão parece ficar como que paralizado”⁸⁸.

⁸³ Sobre a estrutura administrativa do Ministério Público alemão e sua relação com a investigação criminal, ver Gomez Colomer, 1985; Gössel, 1996; Schlüchter, 1999; Roxin, 2000:50 *et seq.*, Ambos, 2009; Schünemann, 2010c; Rolim, 2010; Violini, 2011:58-61; Huber, 2008b:326.

⁸⁴ Segundo Roxin, 2000:53, o Ministério Público não é nem executivo nem judiciário, sendo um meio termo entre ambos, verdadeiro “órgão independente de administração da justiça”.

⁸⁵ Ainda assim, o membro individual do Ministério Público pode negar cumprimento de diretrizes individuais claramente ilegais, por violação, v.g., à proibição de tratamento discriminatório ou perseguição de inocentes, nem são admissíveis instruções sobre a posição processual a ser tomada ante a prova testemunhal em juízo antes da colheita dessa prova; ver Roxin, 2000:54-55.

⁸⁶ Violini, 2011:59.

⁸⁷ Violini, 2011:61.

⁸⁸ Prandl, 1996:163.

O sistema processual penal alemão é eminentemente acusatório, com temperos de inquisitividade⁸⁹, sendo que a fase das investigações, denominadas de procedimentos preliminares (*Vorverfahren*), é dirigida diretamente pelo Ministério Público, com o auxílio dos órgãos de polícia criminal. Nesse sentido, estabelece o § 160.1 da StPO: “Tão logo o Ministério Público tome conhecimento da notícia de um crime, seja por uma delação seja por outras informações, ele deverá investigar os fatos para decidir se uma acusação criminal deve ou não ser realizada”. Por isso, o Ministério Público é conhecido como o “senhor da investigação” (*Herr des Ermittlungsverfahrens*)⁹⁰. Sua atuação é marcada pelo princípio da legalidade, de sorte que se uma notícia de crime é levada ao conhecimento do Ministério Público (e também da Polícia), há uma obrigação de investigação (StPO, § 152.2) e a regra geral será da obrigação de acusação, se tais suspeitas se confirmarem (§ 170.1). Todavia, há exceções pontuais para o Ministério Público (jamais a Polícia) avaliar certa oportunidade no exercício da ação penal (StPO, § 153 a 154d)⁹¹.

O Ministério Público possui o poder de requisitar diligências à Polícia, de atendimento obrigatório (§ 161.1), a qual é vista como seu órgão auxiliar⁹². Essas requisições possuem prioridade inclusive sobre as eventuais diretrizes internas da Polícia⁹³. Diz-se que o Ministério Público é uma “cabeça sem braços”, e que a Polícia é “a extensão dos braços do Ministério Público”. Em determinadas situações, é possível que um policial seja lotado diretamente no Ministério Público (*Ermittlungspersonen der StA* cf. § 152 da

⁸⁹ Há regras claras de subordinação do juiz à iniciativa do Ministério Público, como a regra de que a ação penal se inicia por acusação formal do Ministério Público (StPO, § 152.1), com um amplo espaço de discricionariedade para o não exercício da ação penal para crimes de menor gravidade (§ 153 *et seq.*) O tempero de inquisitividade pode ser reconhecido na possibilidade de o juiz decretar prisão preventiva na fase do inquérito se o membro do Ministério Público não puder ser constatado em prazo breve (§ 125.1), na possibilidade de o juiz realizar atos de investigação na ausência de um promotor de justiça (§ 165), ainda assim essas duas hipóteses com a posterior devolução ao Ministério Público da direção da investigação criminal (§ 167), bem como na possibilidade de a Corte realizar atos de investigação antes da decisão de recebimento da denúncia (§ 173.3 e § 202), na exigência de que retirar fatos da acusação após a acusação inicial seja feita apenas com autorização da corte (§ 153b.2) e num amplo poder de iniciativa judicial (§ 155.2) e na não vinculação da Corte aos requerimentos do Ministério Público (§ 206) e ainda é mitigado no procedimento para obrigar à promoção da ação penal (§§ 172-177).

⁹⁰ Rolim, 2010; Roxin, 2000:73. Gómez Colomer, 1997:462, traduz essa atuação do Ministério Público alemão como “dono do processo penal”. Segundo Hünerfeld, 1985:123, a alteração legislativa de atribuição da direção da investigação ao Ministério Público decorre da busca de maior celeridade e eficiência nessa fase.

⁹¹ Huber, 2008b:289.

⁹² Hünerfeld, 1985:126.

⁹³ Krey, 2009:97.

*Gerichtsverfassungsgezet*s), situação em que a requisição de diligências poderá ser endereçada diretamente a esse funcionário⁹⁴.

Considerando que ordinariamente a Polícia está subordinada ao Ministério do Interior e o Ministério Público ao Ministério da Justiça, e que não há poder disciplinar direto do Ministério Público sobre os policiais no exercício da atividade repressiva, Ambos considera que a relação entre Ministério Público e Polícia é sempre “instável”⁹⁵.

Apesar dessa regra de direção das investigações pelo Ministério Público, é usual que a Polícia receba a notícia do crime e conduza ampla atividade investigativa com maior liberdade, que eventualmente haja contatos de orientação entre Ministério Público e Polícia, e que em situações excepcionais o Ministério Público realize diretamente uma investigação⁹⁶. Há escritórios especializados em fraudes econômicas, nos quais é mais usual que os Promotores realizem investigações criminais diretamente. Em sua eventual atividade de investigação direta, o Ministério Público pode requisitar documentos de órgãos públicos (StPO, § 161.1) ou ainda ter livre acesso a autos de processos judiciais (§ 474). Os depoimentos colhidos pelo Ministério Público ou pela Polícia não são feitos sob juramento, apenas os feitos perante o juiz (§ 161a.1).

Em determinadas situações, é admissível que o Ministério Público formule o requerimento de realização de uma investigação judicial (StPO, § 162.1). Na verdade, trata-se de um requerimento de autorização judicial para realizar diligências restritivas de direitos fundamentais, ou para convalidação da ordem precária dessas diligências determinada pelo Ministério Público ou oficiais de polícia, ou ainda para o interrogatório do investigado que é detido pela Polícia, antes da decretação de sua prisão preventiva⁹⁷. Assim, o juiz não possui como regra uma legitimidade própria para conduzir investigações. Se o Ministério Público solicita uma medida cautelar e o juiz avalia que as informações investigativas ainda não são suficientes, pode indicar ao Ministério Público quais outras diligências devem ser realizadas para justificar o eventual deferimento do requerimento. Ademais, caso o investigado, ao ser interrogado, solicite a realização de determinadas diligências investigativas, o juiz poderá determinar a sua realização (§ 166, StPO).

⁹⁴ Krey, 2009:99.

⁹⁵ Ambos, 2009:7.

3.1.3.2 Comunicação da notícia do crime

A notícia de crime pode ser encaminhada pelo delator ao Ministério Público, aos oficiais de polícia, ou à Corte (§ 158.1, StPO). A lei processual penal alemã não estabelece um prazo peremptório para que a Polícia faça a remessa da notícia de crime ao Ministério Público. Pelas diretrizes do sistema, essa comunicação deveria ocorrer “sem demora”, já que é o Ministério Público quem dirige a fase investigativa, mas, na prática, ordinariamente a Polícia realiza a investigação internamente e apenas remete-a ao Ministério Público quando já está concluída. Essa prática ilegal é objeto de sérias críticas doutrinárias, pois acaba por retirar a possibilidade de o Ministério Público intervir de forma ativa no desenrolar da investigação, tornando-se mero receptor de informações ante a impossibilidade de reverter um quadro investigativo já formado pela Polícia⁹⁸. Normalmente a direção efetiva das investigações pelo Ministério Público queda limitada na prática aos casos de criminalidade especialmente grave e de criminalidade econômica. Há forte pressão no círculo policial para se expandir o reconhecimento de uma legitimidade autônoma da Polícia para a primeira intervenção e limitar suas obrigações de repassar informações ao Ministério Público. Ademais, em muitos casos a Polícia usa certa discricionariedade para dar a configuração criminal à conduta comunicada, podendo eventualmente considerá-la atípica e não comunicar ao Ministério Público, apesar da obrigação legal⁹⁹.

3.1.3.3 Diligências investigativas de iniciativa autônoma da própria Polícia

O § 161.1 da StPO estabelece que a investigação é feita pelo Ministério Público, seja diretamente ou através das autoridades policiais, as quais são obrigadas a atender às requisições do Ministério Público. Portanto, a Polícia é vista claramente como um órgão auxiliar do Ministério Público, numa relação de dependência funcional inerente às atividades do Ministério Público na fase da investigação¹⁰⁰. Por sua relevância, conferir o referido preceito normativo:

⁹⁶ Huber, 2008b:298; Hünerfeld, 1985:126.

⁹⁷ Para uma lista dessas diligências, ver Roxin, 2000:74-75.

⁹⁸ Gössel, 1996:629; Schünemann, 2010c:460; L. Rolim, 2010.

⁹⁹ Sobre a seletividade da Polícia alemã, v. Huber, 2008b:297.

¹⁰⁰ Roxin, 2000:57. Todavia, Huber, 2008:284, indica que, na prática, a Polícia possui larga autonomia para realizar atos de investigação por sua própria iniciativa.

§ 161.1. [...] o Ministério Público pode requisitar informações de quaisquer autoridades e realizar investigações de qualquer espécie, seja ele próprio ou através das autoridades e oficiais da força policial, quando não houver outras normas específicas regulamentando seus poderes. As autoridades e oficiais de polícia são obrigados a cumprir as requisições e ordens do Ministério Público e podem, em tais casos, requisitar informações de quaisquer autoridades.

Esse dispositivo prevê um verdadeiro princípio de liberdade de investigação na ausência de proibição legal da diligência investigativa. No sistema alemão, requisições correspondem a instruções genéricas determinadas pelo Ministério Público à cúpula da Polícia e ordens são instruções concretas dadas a um policial no curso de uma investigação¹⁰¹. Na expressão de Ambos, “se trata de uma relação de encargo, de um mandato *a iure*, a Polícia é mandatária do Ministério Público”¹⁰². Há uma distinção entre oficiais de polícia ordinários e os oficiais auxiliares do Ministério Público; estes últimos são selecionados segundo critérios legais, indicados no § 152.2 da Lei de Organização do Serviço Judiciário (GVG), para terem poderes específicos para autorizar a realização de algumas diligências que importam num nível mais grave de restrição de direitos fundamentais em situações de emergência (v.g., uma intervenção corporal, cf. § 81a.2 da StPO)¹⁰³. Segundo Schünemann, no passado, essa obrigação policial de cumprir as orientações do Ministério Público criava faticamente um dever de o Ministério Público impor correções disciplinares quando o funcionário policial se negar a cumprir suas ordens, mas a regra foi posteriormente suprimida¹⁰⁴.

A Polícia possui um poder de iniciativa de investigação independente, para as situações que não admitam demora, para adiantar a investigação de crimes e para prevenir a perda de informações (StPO, § 163.1). Todavia, logo após praticar as diligências urgentes, os oficiais de polícia deverão transmitir suas informações investigativas ao Ministério Público “sem demora” (§ 163.2) e caberá sempre ao Ministério Público a direção da investigação (§ 167, por

¹⁰¹ Roxin, 2000:70. Em sentido parcialmente distinto, afirma Ambos, 2009:6: “quando se trata de uma tarefa encomendada pelo Ministério Público aos seus funcionários auxiliares se fala de encargo (*Auftrag*), sendo que caso se é feita a funcionários ordinários da Polícia se fala em requerimento (*Ersuchen*)”. Gössel, 1996:627, indica dúvidas sobre a possibilidade de tal poder de requisição estender-se a um policial individual, sendo em verdade dirigido à instituição policial; todavia, Schünemann, 2010c:462, refere que o § 152 da Lei de Organização Judiciária (GVG) permite que o Ministério Público dê diretrizes de investigação especificamente direcionadas a um policial individual, num trabalho conjunto de relação estreita (faculdade utilizada especialmente nos crimes econômicos).

¹⁰² Ambos, 2009:5.

¹⁰³ Para uma descrição das diversas forças policiais alemãs e o alcance da possibilidade de qualificação como oficial auxiliar do Ministério Público, ver Schünemann, 2010c:461.

¹⁰⁴ Schünemann, 2010c:459.

analogia). Entende-se por “sem demora” uma atuação “posterior à proteção indispensável das provas, às necessárias atuações investigativas e sua documentação escrita em um relatório”¹⁰⁵. Assim, a Polícia possui uma atribuição para a “primeira investigação” (*erster Zugriff*)¹⁰⁶. Essa metodologia de permissão de atuação em situações de urgência e comunicação imediata ao Ministério Público visa assegurar que o Ministério Público conserve a titularidade da condução da fase investigativa. Todavia, em termos práticos, cada vez mais a Polícia tem o protagonismo na condução da fase investigativa, atuando o Ministério Público como um controlador mediato, um responsável jurídico, que assume faticamente a direção quando é necessário recorrer-se a alguma medida restritiva de direitos fundamentais ou apenas em casos de especial complexidade¹⁰⁷. Essa distinção é sintetizada por Krey: para os casos simples e medianos, a Polícia tem liberdade de atuação, atuando o Ministério Público como um “conselheiro jurídico permanente” da Polícia, com o poder requerer em juízo as medidas restritivas de direitos fundamentais; mas para os delitos graves (crimes capitais, graves crimes econômicos, graves crimes ambientais, crimes de repercussão), o Ministério Público dirige de forma mais próxima a investigação desde seu início¹⁰⁸.

Para diligências especialmente restritivas de direitos fundamentais, a Polícia possui uma legitimidade de atuação sempre suplementar à do Ministério Público ou do juiz, apenas nas hipóteses de urgência, sendo que as intervenções de nível intermediário podem ser realizadas pelo Ministério Público (v.g., condução coercitiva) e as especialmente mais gravosas apenas podem ser realizadas por ordem judicial¹⁰⁹. O Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) tem tido uma interpretação restritiva do conceito de “perigo na demora” para legitimar intervenções restritivas por iniciativa própria da Polícia¹¹⁰.

¹⁰⁵ Ambos, 2009:9.

¹⁰⁶ Gössel, 1996: 628; Roxin, 2000:58.

¹⁰⁷ Roxin, 2000:70; Ambos, 2009:11-14; Schünemann, 2010c:462; Huber, 2008b:298.

¹⁰⁸ Krey, 2009:98.

¹⁰⁹ Sobre esse escalonamento, v. Hünerfeld, 1985:131-133.

¹¹⁰ Ambos, 2009:24.

3.1.4 Espanha

3.1.4.1 Características gerais do sistema

Na Espanha, o sistema processual é o do Juizado de Instrução. Isso significa que, em regra, a atividade de investigação será dirigida por um juiz instrutor, que possui à sua disposição a direção da atividade policial, e ao final dessa fase o Ministério Público (*Ministerio Fiscal*) formará sua opinião sobre a investigação e dará início à ação penal ou promoverá seu arquivamento. Há uma divisão entre a fase de investigação (*instrucción*) e julgamento (*enjuiciamiento*), que são atribuídas a juízes distintos. A investigação é vista, assim, como uma fase preliminar do processo penal. A principal figura dirigente da investigação criminal na Espanha é o juiz de instrução, apesar de ser crescente a participação do Ministério Público na investigação, especialmente na fase inicial do sumário, antes de o juiz de instrução assumir a direção, e ainda no procedimento abreviado¹¹¹.

O Ministério Público na Espanha (*Ministerio Fiscal*) é descrito na Constituição espanhola (art. 117 *et seq.*) sob o título do *Poder Judicial* e qualificado na legislação como um órgão integrado com autonomia funcional no Poder judicial (art. 2 do EOMF).

A atividade investigativa em sua fase inicial (logo após a prática do delito) é desempenhada pela *Policía Judicial*, que possui como obrigação principal “averiguar os delitos públicos que se cometam em seu território, praticar, segundo suas atribuições, as diligências necessárias para comprovar-los e descobrir os delinquentes, e recolher todos os sinais, instrumentos ou provas do crime de cujo desaparecimento haja perigo, colocando-os à disposição da Autoridade Judicial” (art. 282, LECrim).

Incluem-se nesse conceito de Polícia Judicial uma série de órgãos policiais distintos, entre os quais: autoridades e empregados subalternos da polícia de segurança pública, de qualquer denominação; Alcaldes; Guarda Civil; agentes municipais de polícia; guardas rurais; funcionários do corpo especial de prisões; os funcionários dos Tribunais e Juzados; os funcionários da Chefia Central de Tráfico para os delitos de trânsito. Portanto, a “polícia judicial” não é uma instituição específica, mas uma qualidade que é atribuída a membros de outras

¹¹¹ Lopes Jr., 2003:219-233; Azevedo e Vasconcellos, 2010.

instituições policiais quando desempenham atividades de auxílio ao juiz de instrução ou ao Ministério Público¹¹².

Nos termos do art. 126 da Constituição Espanhola de 1978, a atuação da Polícia Judicial é diretamente dependente dos juízes e do Ministério Público para a averiguação dos crimes. Para o exercício dessa função, o art. 548.1 da LOPJ prevê que haverá unidades de Polícia Judicial com dependência funcional de determinadas autoridades judiciais e do Ministério Público para o desempenho das atividades que lhes forem encomendadas, que atuarão sob a direção dos mesmos (chamada de Polícia Judicial em sentido estrito¹¹³). Quando a Polícia Judicial atua na investigação de um crime antes da intervenção do juiz de instrução, deverá atuar sob a dependência funcional do Ministério Público (art. 20, LOFCS) e quando a investigação já estiver sendo conduzida pelo juiz de instrução, ficará dependente funcionalmente das orientações deste. Há previsão da possibilidade de policiais serem especificamente destacados para trabalharem dentro do Ministério Público (art. 30.2 da LOFCS – LO 2/1986), favorecendo o desenvolvimento de uma investigação pelo Ministério Público na fase preliminar, antes da intervenção do juiz de instrução¹¹⁴.

Nesse relacionamento, os policiais dependem organicamente do Ministério do Interior e funcionalmente dos Juízes e membros do Ministério Público que estejam conhecendo do objeto da investigação (art. 31.1 da LOFCS – LO 2/1986). Esse sistema de dupla subordinação é justificado ao argumento de que a magistratura e o Ministério Público não são diretamente responsáveis pela política interior de segurança pública, não se podendo retirar do Poder Executivo a responsabilidade de estruturar um serviço de segurança pública e implementar as políticas necessárias para que tal sistema seja eficiente; por outro lado, a dependência funcional se justifica na medida em que sua atuação no âmbito da investigação criminal é inteiramente dependente das autoridades do Sistema de Justiça Criminal responsáveis pela condução autônoma das investigações ou pela fiscalização das diligências de ofício realizadas pela Polícia¹¹⁵. É inevitável que surjam eventualmente divergências entre a subordinação orgânica (ao executivo) e

¹¹² Sobre o caráter colaborador dessas outras forças de segurança pública, ver Moreno Catena, 1989:147.

¹¹³ Oliva Santos *et al.*, 2007:107.

¹¹⁴ Argumentando sobre a tendência espanhola de atribuição da direção da fase investigativa ao Ministério Público, todavia numa “reforma eternamente pendente”, v. Espina Ramos, 2008.

a subordinação funcional (ao judiciário ou Ministério Público), todavia, a jurisprudência espanhola inclina-se por entender pela prevalência da dependência funcional sobre a orgânica¹¹⁶.

Há várias normas que procuram disciplinar o inter-relacionamento do Ministério Público com a Polícia nesse âmbito. Por exemplo, a Instrução n. 2/1988 da *Fiscalía General del Estado* considera necessário que *Fiscales Jefes de las Audiencias* respectivas despachem ao menos uma vez por semana com os chefes das unidades orgânicas de Polícia Judicial quanto aos assuntos de interesse do Ministério Público e que o Ministério Público assuma a direção das investigações nos casos em que seja preciso¹¹⁷. Também para a formação dos policiais, é essencial a formação em um curso específico com a participação de juízes e membros do Ministério Público (art. 32 da LOFCS – LO 2/1986). Norma relevante consta do art. 550.2 da LOPJ (repetida no art. 34.1 da LOFCS) que determina que, se um determinado policial foi encarregado pelo juiz ou Ministério Público de realizar uma diligência de investigação, ele não poderá ser removido de sua função sem a prévia autorização do juiz ou do membro do Ministério Público.

Para a realização do controle das atividades dos membros da Polícia Judicial, vinculados diretamente a juízes de instrução ou ao Ministério Público, o art. 35 da LOFCS estabelece que essas autoridades terão as seguintes faculdades:

- (a) Darão-lhes as ordens ou instruções que sejam necessárias, na execução das normas de processo penal e dos estatutos do Ministério Público. (b) Determinarão, em ditas ordens ou instruções, o conteúdo e circunstâncias das atuações que interessem ditas unidades. (c) Controlarão a execução de tais atuações, em relação à forma e aos resultados. (d) Poderão instar o início da potestade disciplinar, em cujo caso emitirão as informações que possam exigir a tramitação dos respectivos expedientes, assim como aqueles outros que considere oportunos. Nesses casos, serão comunicados das soluções tomadas.

Como a investigação em regra é conduzida pelo juiz de instrução, esse acaba por realizar uma atividade de fiscalização da qualidade do trabalho realizado pelos policiais, através das instruções específicas de atuação, recomendando a doutrina o desenvolvimento de um

¹¹⁵ Sobre o sistema da dupla vinculação na Espanha, ver Moreno Catena, 1986. Cabezudo Bajo, 2004:150-156, destaca o problema de uma vinculação funcional a duas instituições (magistratura e Ministério Público) poder causar conflitos de orientações de atuação à Polícia.

¹¹⁶ STS 14 out. 1999.

¹¹⁷ Oliva Santos *et al.*, 2007:108.

sistema que permita ao *Juez Decano* conhecer as deficiências do trabalho policial e propor as soluções ou correções de forma direta ao responsável¹¹⁸.

Entre as atividades de Polícia Judicial que podem ser encarregadas pelos juízes e membros do Ministério Público, constam as seguintes (art. 549.1 da LOPJ):

(a) A averiguação sobre os responsáveis e circunstâncias dos fatos delitivos e a detenção dos primeiros, dando conta seguidamente à autoridade judicial e ao Ministério Público, conforme o disposto nas leis. (b) O auxílio à autoridade judicial e ao Ministério Público em quantas atuações deve realizar fora de sua sede e requeiram a presença policial. (c) A realização material das atuações que exijam o exercício da coerção e ordene a autoridade judicial ou o Ministério Público. (d) A garantia do cumprimento das ordens e resoluções da autoridade judicial ou do Ministério Público. (e) Quaisquer outras da mesma natureza em que seja necessária sua cooperação ou auxílio e o ordene a autoridade judicial ou o Ministério Público.

Entre tais diligências investigativas que estão previstas na LECrim, passíveis de delegação à Polícia pelo juiz instrutor ou Ministério Público, constam a realização de citação para comparecimento de testemunhas para a investigação (art. 431), localização de pessoas desconhecidas (art. 432), a possibilidade de presidir a realização de uma autópsia (art. 353 e 477), e o cumprimento de mandados de prisão (art. 515).

A estruturação da forma de conduzir as investigações é diferenciada de acordo com a espécie de procedimento

(i) A investigação no procedimento sumário para crimes graves

Há uma grande divisão de procedimentos penais no sistema espanhol, de acordo com a gravidade do crime e do tipo de crime específico, e com especificidades para a circunstância de o crime ser processado em flagrante delito (que se pressupõe de uma investigação menos complexa) e aqueles que ordinariamente exigem uma investigação mais complexa¹¹⁹. O procedimento ordinário por excelência é o procedimento dos crimes graves, com exceções tópicas para crimes com penas mais brandas (procedimento abreviado perante o *Juez de lo Penal*), procedimento perante o *Tribunal del Jurado* para crimes específicos e outros procedimentos especiais também para crimes específicos (crimes contra a honra, contra

¹¹⁸ Ortiz de Urbina, 2009:39.

¹¹⁹ Oliva Santos *et al.*, 2007:291.

parlamentares, de tráfico de drogas *etc.*) e o *juicio de faltas* para delitos de mínima gravidade, no qual não há propriamente uma investigação mas “diligências indeterminadas” na fase preliminar e os *juicios rapidos*, para os quais há uma concentração da fase de instrução e intermediária (a atividade de investigação pode servir como prova)¹²⁰. Para o procedimento dos crimes graves e de processos especiais que seguem subsidiariamente as regras daquele, a investigação é denominada de *sumario*. O procedimento abreviado foi introduzido com a Lei n. 38/2002 e criou uma divisão de sistemas processuais na fase investigativa em relação ao *sumario* do procedimento ordinário para os crimes graves, pois enquanto no sumário há propriamente a intervenção do juiz de instrução, no procedimento abreviado permite-se uma maior liberdade para o Ministério Público conduzir diretamente as investigações e para os atestados policiais serem admitidos como sucedâneo funcional da fase instrutória¹²¹.

Quanto ao procedimento de desenvolvimento da investigação, estabelece o art. 300 da LECrim que cada delito de que tomar conhecimento a autoridade judicial será objeto de um sumário, ou seja, de uma investigação destinada a averiguar a prática de um crime e preparar o respectivo julgamento. O sumário constitui-se em uma atividade realizada pelo juiz de instrução para oitiva de testemunhas como que em audiência, perante o secretário judicial e com possibilidade de participação facultativa do Ministério Público e outros intervenientes (*actor civil* e investigado). Se uma pessoa levar o conhecimento do crime ao juiz e solicitar sua vontade de ser parte na fase investigativa, fá-lo-á mediante *querella*, que já é considerada exercício do direito de ação penal (é possível que qualquer cidadão apresente a *querella* – uma ação penal popular – ou ainda que o próprio Ministério Público apresente *querella* para participar da investigação já indicando sua *opinio delicti* preliminar)¹²². Essa atividade é guiada pelo princípio da oficialidade, ou seja, o juiz age de ofício para iniciar, desenvolver e concluir a investigação¹²³. O sumário é feito pelo juiz, de sorte que os atos de investigação praticados pela Polícia ou pelo Ministério Público não possuem a natureza de atos de sumário, mas apenas de diligências de investigação, ainda que progressivamente adquiram essa natureza em razão das reformas nos outros

¹²⁰ Oliva Santos *et al.*, 2007:295.

¹²¹ Oliva Santos *et al.*, 2007:644-649.

¹²² Oliva Santos *et al.*, 2007:320 *et seq.* De ver-se que a *querella* não dá ao querelante o direito de ter uma investigação, apenas de ter uma manifestação do juiz sobre a viabilidade do pedido de investigação, de forma que a documentação de uma negativa de investigação permita o controle jurisdicional dessa omissão. Nesse sentido: STC 191/1989.

¹²³ Oliva Santos *et al.*, 2007:296.

procedimentos. Nesse sentido, há recomendação do Conselho Geral do Poder Judicial aos juízes de que “a instrução não deve supor uma reiteração íntegra das diligências incorporadas no atestado; o instrutor deve reiterar ou confrontar essas diligências quando seja estritamente indispensável”¹²⁴. É possível que o juiz de instrução ou o Ministério Público requirite da Polícia a realização de diligências de investigação específicas, exceto aquelas que são de realização obrigatória pelo próprio juiz ou membro do Ministério Público (art. 287 e 777 da LECrim). Normalmente na fase inicial, quando há necessidades de diligências mais complexas e outras diligências delas derivadas, o juiz de instrução delega à Polícia a realização dessas diligências, dando-lhe uma maior liberdade de investigação, seguindo-se o posterior acompanhamento judicial¹²⁵.

Nos termos do art. 306 da LECrim, a investigação (*sumario*) será conduzida por um juiz instrutor, com a inspeção direta do Ministério Público com atuação perante o Tribunal que posteriormente julgará a causa¹²⁶. O ato inicial do juiz de instrução é um *auto de incoación del sumario*, segundo o qual o juiz de instrução realiza uma avaliação jurídica preliminar e provisória da *notitia criminis* para avaliar sua qualificação jurídica a permitir a viabilidade do início de uma atividade de investigação criminal (*instrucción*)¹²⁷.

Essa “inspeção” do Ministério Público sobre a investigação do juiz instrutor será feita mediante presença pessoal (por si ou por seus auxiliares) nos atos de oitiva de testemunhos, mediante *testimonios em relación* que lhe transmitam o juiz periodicamente ou sempre que solicitado pelo Ministério Público, bem como mediante a possibilidade de formular requerimentos de diligências investigativas. É admissível a participação do Ministério Público nas oitivas de testemunhas na fase de investigação mediante videoconferência (art. 306.4). Para as investigações relativas aos crimes de competência do Tribunal de Jurados, o Ministério Público deverá ser informado de todas as diligências que serão realizadas perante aquele Tribunal (art. 306.3). De forma geral, os juízes de instrução possuem a obrigação de prestar todas as

¹²⁴ Ortiz de Urbina, 2009:36.

¹²⁵ Ortiz de Urbina, 2009:39. Criticando que, em termos práticos, usualmente o juiz de instrução possui um papel mais discreto e a Polícia maior liberdade na condução das investigações, v. Espina Ramos, 2008:414.

¹²⁶ É possível que o juiz municipal também tenha participação das investigações, mediante oitivas de testemunhas, no caso de urgência de colheita da prova ou mediante delegação do juiz de instrução, devendo logo em três dias comunicar o juiz de instrução (art. 307 e 310). Todavia, a delegação de atos de investigação aos juízes municipais deve ser feita sempre de forma excepcional, não ordinária (art. 310).

¹²⁷ Oliva Santos *et al.*, 2007:314.

informações sobre o andamento das investigações aos membros do Ministério Público (art. 324.3). Assim, apesar de as investigações serem conduzidas pelo juiz instrutor, o Ministério Público possui uma “função preeminente” na fase investigativa¹²⁸. A presença da acusação mesmo sem participação obrigatória de defesa é vista no sistema espanhol como uma atenuação de eventual tratamento paritário justificado em razão da necessidade de reequilibrar a natural disparidade que existe logo após a prática do crime, quando ainda não são conhecidos os fatos, com finalidade de favorecer a formação da verdade¹²⁹.

Quanto às diligências realizadas no âmbito da investigação judicial ordinária (*sumario*), tanto o Ministério Público quanto os envolvidos (investigado e vítima) poderão requerer as diligências que considerarem pertinentes, podendo o juiz de instrução negá-las apenas se as considerar inúteis ou prejudiciais, situação em que será cabível recurso para o tribunal competente (art. 311). Na prática, é usual que o juiz de instrução conduza as investigações sem muita interferência das partes e com grande delegação de diligências à Polícia¹³⁰.

Para as diligências especialmente graves, o código recomenda que tanto o juiz de instrução quanto o Ministério Público (ou seu funcionário) desloquem-se fisicamente ao local do crime para o juiz proceder à colheita das informações e evitar delegações de diligências investigativas ao juiz municipal ou dilações desnecessárias (art. 318) e o Ministério Público para contribuir com as diligências do juiz de instrução (art. 319). É possível (facultativo) que as diligências feitas na fase de instrução (investigação judicial) sejam gravadas mediante recurso audiovisual ou sonoro¹³¹.

Como a investigação é conduzida por um juiz de instrução, os mecanismos de controle da eficiência da condução das investigações são realizados pelo tribunal superior. Assim, vencido o prazo de conclusão do sumário sem sua conclusão, o secretário judicial deverá encaminhar ao Tribunal a lista dos sumários não concluídos, com as respectivas razões da não conclusão, devendo o Tribunal tomar as medidas cabíveis para assegurar a conclusão do sumário (LECrim, art. 324.2).

¹²⁸ Oliva Santos *et al.*, 2007:297.

¹²⁹ Oliva Santos *et al.*, 2007:297.

¹³⁰ Azevedo e Vasconcellos, 2010.

Como todas as diligências investigativas estão sendo determinadas diretamente pelo juiz de instrução, a análise do controle dos pedidos de diligências restritivas de direitos fundamentais fica prejudicado, pois o mesmo responsável pela condução das investigações já decide diretamente sobre a restrição dos direitos. Todavia, para essas situações, ao invés de um mero despacho de impulso da investigação, exige-se uma decisão fundamentada sobre os requisitos específicos para a restrição ao direito em questão (busca domiciliar, interceptação telefônica, prisão preventiva, submissão a exame psiquiátrico *etc.*). A LECrim possui um rol de diligências que podem ser realizadas pelo juiz de instrução; todavia, a jurisprudência espanhola reconhece que tal enunciação não é taxativa, admitindo outras diligências inominadas de investigação¹³².

A doutrina diferencia atos de instrução de atos de investigação material dos fatos. Enquanto a investigação material dos fatos pode ser realizada pela Polícia, a instrução propriamente dita é privativa da autoridade judicial; nessa linha, Oliva Santos e outros criticam a progressiva transferência de atribuições investigativas do magistrado à Polícia, que configurariam um enfraquecimento do sistema de garantias¹³³.

Na sequência da fase de instrução, há início a uma fase intermediária de conclusão do sumário e início do juízo oral. Assim, quando o juiz instrutor considerar que a investigação está concluída, lavrará um relatório final (*auto de terminación del sumario*) e encaminhará os autos ao Tribunal competente para o julgamento (art. 622.1). Apesar de não haver previsão legal, é usual que o juiz de instrução, antes de decidir sobre a conclusão das investigações, inste as partes a manifestarem-se sobre a necessidade de mais alguma diligência¹³⁴. Mesmo antes da manifestação do juiz de instrução sobre a conclusão das investigações o

¹³¹ Ortiz de Urbina, 2009:112, recomenda a gravação dos atos de investigação para: “- assegurar a prática de uma prova que não possa ser repetida em juízo; - proteger o declarante das consequências derivadas da reiteração de suas declarações; - melhorar a documentação de determinadas diligências de instrução”.

¹³² STS de 14 jul. 1995.

¹³³ Oliva Santos *et al.*, 2007:300. Há uma visão (já antiga) de que a condução da investigação por uma autoridade judicial seria imperativo constitucional, pois todas as decisões de aplicação do direito ao caso concreto deveriam ser privativas de magistrados: STS 1/0985. Uma decisão altamente controvertida em nossa visão, pois a simples atividade de investigar não pode ser qualificada, *ipso facto*, como uma atividade de aplicação do direito ao caso concreto, mas, ao contrário, de esclarecimentos de fatos para uma posterior decisão (acusar ou não acusar), e as efetivas decisões que se tomam no curso da investigação possuem natureza incidental e tópica (decisão sobre restrição de direitos fundamentais específicos, prisão e outras medidas cautelares *etc.*). Tanto que a fase instrutória é reconhecida na doutrina espanhola como uma fase preparatória da fase de julgamento e, portanto, o resultado dessa fase não é tecnicamente prova.

Ministério Público poderá firmar posição de que as investigações já são suficientes e requerer o imediato encaminhamento dos autos ao Tribunal (art. 622.2). Sendo os autos encaminhados ao Tribunal, este deverá confirmar ou revogar o *auto de terminación del sumario* (art. 630), sendo que no caso de revogação deverão ser indicadas novas diligências a serem realizadas pelo juiz instrutor (art. 627.3 e 631.1). Havendo a aprovação do *auto de terminación del sumario*, os autos serão encaminhados ao Ministério Público ou acusador particular, e ao réu, para que estes se manifestem quanto ao que entenderem relevante para suas manifestações (art. 627.4)¹³⁵. Nessa oportunidade deverá o Ministério Público solicitar a abertura de juízo oral ou o arquivamento (*sobreseimiento*) das investigações. Sendo deferida a abertura do juízo oral, o Ministério Público terá nova vista dos autos para realizar a “qualificação do delito”, peça de acusação que individualiza o réu, os fatos, sua qualificação jurídica e pena, bem como a lista das provas que pretende produzir em juízo, peça funcionalmente equivalente à denúncia no sistema brasileiro (art. 650).

Percebem-se fortes ranços inquisitivos no sistema espanhol delineado pela LECrim, que data de 1882, especialmente em disposições legais restritivas de direitos, em relação às quais a jurisprudência tem progressivamente atenuado¹³⁶. Também há forte movimento de atribuição da investigação criminal ao Ministério Público, mas o tema ainda permanece controvertido na doutrina espanhola, que, contudo, inclina-se por admiti-la¹³⁷. Assim, a notícia de crime pode ser repassada pela Polícia tanto ao juiz quanto ao Ministério Público, e apesar de em regra a investigação ser conduzida pelo juiz de instrução, é possível que o Ministério Público requisite diretamente da Polícia Judicial diligências de investigação, que são de atendimento obrigatório (art. 287 LECrim), permitindo-se ao Ministério Público conduzir diligências de investigação por um prazo de até seis meses, admitida prorrogação pelo Procurador-Geral, como regra geral, com a exceção da investigação de uma lista de crimes mais graves, para os quais o prazo de investigação será de doze meses, igualmente prorrogáveis (art. 5º e art. 19.4 do EOMF, com a redação da Lei n. 14/2003). Essas investigações conduzidas pelo Ministério Público são

¹³⁴ Oliva Santos *et al.*, 2007:441.

¹³⁵ A manifestação da defesa é obrigatória nessa fase, para o procedimento ordinário, cf. decisão STC 66/1989.

¹³⁶ Criticando a figura do juiz instrutor “inquisitivo”, ver STC 32/1994.

¹³⁷ Com ampla discussão sobre a atribuição da condução da *instrucción* ao Ministério Público espanhol, e posição favorável, ver Trillo Navarro, 2008:171-224; Gimeno Sendra, 2008:197-201; Ortiz de Urbina, 2007:625-652; Cabezudo Bajo, 2004:203-5; Martín Pastor, 2003; Gomez Colomer, 1996; Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:123.

usualmente realizadas para subsidiar requerimentos de medidas cautelares e possuem presunção de autenticidade (art. 5.2 EOMF, com redação dada pela Lei n. 24/2007), tendo a doutrina interpretado tal disposição como a desnecessidade de que tais diligências sejam repetidas perante o juiz de instrução, ou seja, já possuem valor informativo para subsidiar a acusação¹³⁸.

Se após essa investigação do Ministério Público surgirem provas do crime, o Ministério Público deverá formular uma *denuncia* perante o juiz de instrução, que então iniciará a instrução sumária do delito (art. 5 do Estatuto Orgânico do Ministério Público – EOMF, modificado pela Lei n. 14/2003¹³⁹). Esse incremento na atividade investigadora do Ministério Público acabou por generalizar uma espécie de “pré-instrução” pelo Ministério Público espanhol¹⁴⁰. Esse incremento na participação do Ministério Público na investigação também foi reconhecido com a introdução do procedimento abreviado que deu-lhe certa primazia na condução das investigações desses delitos, em 2002, como se verá adiante. De qualquer forma, a atuação do Ministério Público não pode importar em medidas restritivas de direitos fundamentais (como a busca domiciliar ou interceptação telefônica), sendo necessário nessas situações judicializar a investigação, bem como é subsidiária à investigação judicial pois, tomando o Ministério Público conhecimento de que corre uma investigação judicial, deverá cessar sua atividade de investigação (ver art. 5º do EOMF)¹⁴¹. Há unidades investigativas no Ministério Público especialmente especializadas em determinados delitos, como a *Fiscalía contra la Corrupción e Criminalidad Organizada* (art. 19.4 EOMF)¹⁴².

(ii) A investigação no procedimento abreviado

Com posição restritiva desse intento, argumentando diminuta independência do Ministério Público espanhol em relação ao executivo e sua atual deficiência estrutural, ver Oliva Santos *et al.*, 2007:300.

¹³⁸ Trillo Navarro, 2008:150; Martín Pastor, 2003:193. Ver ainda a Circular 1/1989 da *Fiscalía General del Estado* permitindo a acusação com fundamento na investigação do Ministério Público e a STC 206/2003, que equiparou no caso concreto (informações perante o *Fiscal de Menores*) a investigação do Ministério Público com a instrução, para efeito de subsidiar uma acusação. Trillo Navarro, 2008:228, sintetiza sua visão de um sistema ideal: “o Ministério Público como magistratura instrutora [*i.e.*, de investigação] e a Judicatura como magistratura garantista e de julgamento”.

¹³⁹ Oliva Santos *et al.*, 2007:301.

¹⁴⁰ Trillo Navarro, 2008:182.

¹⁴¹ Criticando a ausência de eficiência em um sistema no qual não se admite que o juiz autorize o Ministério Público realizar diligências de investigação restritivas de direitos fundamentais, ver Trillo Navarro, 2008:115.

¹⁴² Reconhecendo a admissibilidade constitucional da investigação pelo Ministério Público na Espanha vira ser tornar uma regra geral, ver: SSTC 60/1995, 41/1998 e 145/1998. Ver ainda Trillo Navarro, 2008:123-6.

O procedimento abreviado, introduzido inicialmente pela LO 7/1998 e posteriormente reformado pela Lei n. 38/2002, busca instituir um sistema mais informal e célere de condução da justiça criminal para crimes de menor gravidade.

Esse procedimento abreviado é cabível para os crimes com pena não superior a 9 anos de prisão (art. 757). Nesses crimes há uma maior iniciativa de atuação preliminar da Polícia para conservação das provas e esclarecimento dos fatos e uma maior liberdade de condução das investigações pelo Ministério Público, seja diretamente investigando, seja expedindo requisições à Polícia Judicial (art. 769-779)¹⁴³. Essas diligências policiais e do Ministério Público são funcionalmente equiparadas à instrução, para efeito de subsidiarem a acusação e início da fase de juízo oral, consistindo num verdadeiro “procedimento preliminar do Ministério Público”¹⁴⁴. Em determinadas situações, criam-se “Unidades de Polícia Judicial adscritas”, que funcionam diretamente junto do Ministério Público ou aos Juízos de Guarda, de forma permanente e estável, sob sua direta dependência funcional¹⁴⁵. Essa instrução do Ministério Público não pode determinar a restrição de direitos fundamentais e usualmente após ela há a abertura de uma instrução judicial, na qual o investigado terá a oportunidade de formular requerimentos de diligências de interesse da defesa.

Finalmente, no *procedimiento de menores* a instrução é de responsabilidade exclusiva do Ministério Público (art. 16 e 23 da *Ley orgánica de la responsabilidad penal de los menores*). Recente projeto de nova LECrim, enviado pelo Governo espanhol em 2011, propõe a reforma da investigação criminal para ser dirigida diretamente pelo Ministério Público, com a ressalva de que as provas para condenação deverão ser produzidas em juízo¹⁴⁶.

3.1.4.2 Comunicação da notícia do crime

Na Espanha, há uma obrigação geral de que todas as pessoas que tenham notícia de um crime devem comunicá-lo ao juiz de instrução ou ao Ministério Público (*Ministerio Fiscal*) (art. 259, LECrim), sob pena de multa, com exceções pontuais relativas a parentes e a

¹⁴³ Oliva Santos *et al.*, 2007:644-649..

¹⁴⁴ Sobre a relevância do atestado policial para os diversos procedimentos especiais, ver Fernández Villazala e García Borrego, 2010:45-52; Martín Ancín e Álvarez Rodríguez, 2007:66 et seq. Genericamente sobre as diligências policiais preventivas, ver Gimeno Sendra, 2008:183-195.

¹⁴⁵ Moreno Catena, 1989:147.

pessoas com privilégio de não testemunhar (como advogados, ministros de culto). Apesar da omissão legal no art. 259 em indicar a Polícia como possível destinatária de *notitia criminis*, a doutrina também a inclui nesse rol¹⁴⁷.

Feita a comunicação do crime ao juiz de instrução, esse (ou o funcionário por ele indicado) deverá ordenar o início da investigação do crime, salvo se este “não tiver caráter delitivo ou a denúncia for manifestamente falsa”, situações em que “o Tribunal ou o funcionário se absterá de todo procedimento” (art. 269, LECrim). Segundo a STC 1/1985, se o fato não se encontra abrangido por essas duas situações, é obrigatória a instauração do sumário. Também deverá o funcionário que atua perante o juizado de instrução dar notícia ao Ministério Público da notícia do crime, no prazo de até dois dias do início das investigações, para que este possa iniciar sua atividade de acompanhamento das investigações e comunicar ao Presidente da Audiência superior (art. 308.1).

Quando é a própria Polícia a tomar conhecimento do crime por iniciativas próprias, há a obrigação de a Polícia enviar comunicação da notícia do crime à autoridade judicial ou ao Ministério Público imediatamente (art. 284, LECrim). Essa obrigação de comunicação imediata apenas é relativizada se ao tomar as medidas necessárias para prevenir o crime (ou seja, a prevenção de outras consequências mais graves do delito, ou a detenção do suspeito), não for possível a comunicação imediata, devendo haver a comunicação assim que cessada essa necessidade de intervenção mais urgente.

Caso a comunicação do crime seja feita pela Polícia ao Ministério Público, é possível que esse conduza preliminarmente um procedimento de investigação das diligências que considere necessárias (art. 5º EOMF e art. 2 a 5 do RD 769/1987). Ao final desse procedimento, ou já quando receber, se entender manifestamente incabível a investigação, poderá desde logo o Ministério Público proceder ao arquivamento da comunicação (art. 5.2 do EOMF)¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Villegas Fernández, 2012:117.

¹⁴⁷ Por uma interpretação sistemática com o art. 262.1, que admite a Polícia receber *notitia criminis* na hipótese de flagrante delito e do art. 264, que a legitima a receber de pessoas que tomaram conhecimento do crime por outras fontes, de sorte que não teria lógica vedar Polícia receber *notitia criminis* apenas quando a pessoa presenciou o fato mas não se está mais em flagrante delito (situação do art. 259). Oliva Santos *et al.*, 2007:317.

¹⁴⁸ Trillo Navarro, 2008:116.

Essa regra da obrigatoriedade de comunicação da notícia do crime vale tanto para a investigação dos crimes graves (*sumario*) quanto para a investigação dos crimes menos graves (procedimento abreviado), cf. art. 769.

Quanto o juiz de instrução recebe a *notitia criminis*, não há previsão legal de realização de procedimentos preliminares anteriores ao sumário para comprovação da veracidade da notícia, havendo apenas a previsão de que se a notícia for manifestamente falsa ou não configurar crime é que o juiz não necessitará instaurar o sumário. Apesar da omissão dessa previsão, a doutrina admite a realização dessas diligências preliminares, limitadas aos requisitos mínimos para a admissibilidade da notícia do crime para instaurar uma investigação¹⁴⁹.

A LO 4/1997 prevê a possibilidade de videovigilância em locais públicos, com a finalidade de prevenir a prática de crimes e infrações relacionadas à segurança pública. Nessa situação, se houver detecção da prática de um crime, a força de segurança terá a obrigação de, no prazo de até 72 horas da realização da gravação, elaborar um atestado com a notícia do crime, encaminhando-o ao juiz de instrução ou do Ministério Público, bem como colocar a fita à disposição dos mesmos. Não sendo possível a elaboração do atestado nesse prazo, deverá haver comunicação oral junto com a entrega da gravação (art. 7.1 da referida lei).

(i) A delação anônima

A LECrim exige que o autor de uma comunicação de um crime se identifique ao realizar a comunicação (art. 266 e 267). Todavia, a doutrina construiu o entendimento de que, da mesma forma como o início de uma investigação pode dar-se mediante conhecimento direto, a chamada denúncia anônima pode transmitir esses conhecimentos ao Ministério Público para que este inicie uma atividade preliminar de investigação¹⁵⁰. Nesse sentido, a Instrução n. 3/1993 da *Fiscalía General del Estado* admite o início de uma investigação pelo Ministério Público com fundamento em denúncia anônima, mas recomenda ponderação na realização das diligências de investigação, devendo-se levar em consideração o alcance do delito comunicado, sua intensidade

¹⁴⁹ Analisando *en passant* o tema: Oliva Santos *et al.*, 2007:319.

¹⁵⁰ Nesse sentido: Trillo Navarro, 2008:131.

ofensiva e a conveniência de iniciar o Ministério Público uma investigação autônoma. Nesse sentido, pondera Trillo Navarro¹⁵¹:

A denúncia anônima pode ter motivos espúrios estranhos ao processo e por isso é necessário atuar com cautela e ponderação, todavia rechaçar sua eficácia significaria fechar os olhos à prática de um delito, quando o sistema penal evidencia sinais de incapacidade para a proteção e satisfação da vítima [...]

Na jurisprudência espanhola, tende-se a admitir a eficácia da denúncia anônima para iniciar um procedimento preliminar para que se verifique a credibilidade da informação e, diante dessa confirmação, iniciar-se um procedimento de investigação¹⁵².

3.1.4.3 Diligências investigativas de iniciativa autônoma da própria Polícia

Há duas espécies de diligências de investigação que a Polícia pode realizar: as diligências preventivas (de caráter urgente, logo após a prática do crime) e as diligências requisitadas pelo juiz de instrução ou pelo Ministério Público.

Em regra a iniciativa da investigação é feita a partir das ordens de investigar dadas pelo juiz de instrução. Todavia, as recentes reformas processuais acabam por dar mais poder de iniciativa de investigação à Polícia, sempre com a comunicação posterior para controle do juiz ou do Ministério Público¹⁵³.

Todavia, estabelece o art. 284 da LECrim que, assim que tiverem conhecimento da prática do crime, os funcionários da Polícia deverão iniciar “diligências de prevenção”, sem prejuízo da imediata comunicação do fato ao juiz de instrução ou ao Ministério Público. Essa atividade preliminar apenas é possível se a Polícia foi a destinatária da *notitia criminis* (que pode não necessariamente ocorrer). O conceito de atividade de prevenção está disciplinado no art. 13 da LECrim e corresponde à atividade de “consignar as provas do crime que possam desaparecer, recolher e por em custódia tudo quanto conduza à sua comprovação e à identificação do delinquente, a de deter, conforme o caso, os presumidos responsáveis pelo delito, de proteger os

¹⁵¹ Trillo Navarro, 2008:131.

¹⁵² Nesse sentido, conferir: SSTs 1335/2001 e 64/2003.

¹⁵³ Sobre o crescimento da competência de iniciativa própria da Polícia na investigação na Espanha, ver Gimeno Sendra, 2008:185.

ofendidos ou prejudicados pelo crime, seus familiares ou outras pessoas [...]”¹⁵⁴. Todavia, assim que o juiz de instrução se apresentar para iniciar a formação do sumário, deverá necessariamente cessar as atividades de prevenção desempenhadas pela Polícia, entregando as provas ao juiz e colocando o detido à sua disposição (art. 286).

Entre as principais diligências de urgência que a Polícia pode realizar estão incluídos: o interrogatório do detido; identificação, citação e oitiva de testemunhas; determinação de realização de alguns informes periciais como o exame de etilômetro para os crimes de trânsito (art. 796.7), análises de objetos (art. 796.8) e análise de drogas (art. 796.6)¹⁵⁵.

Após essa intervenção inicial de ofício, a Polícia Judicial deverá realizar “sem dilação” as diligências que lhes forem “encomendadas” pelo Ministério Público ou pelo juiz de instrução, para o esclarecimento do crime (art. 287). Para realizar tais requisições de diligências, tanto o Ministério Público quanto o juiz de instrução podem entender-se diretamente com as autoridades policiais (art. 288). E, caso o funcionário de Polícia Judicial eventualmente não possa dar imediato cumprimento à ordem do Ministério Público ou do juiz de instrução, deverá comunicar a referida autoridade dessa impossibilidade de dar cumprimento imediato à ordem, para que essa autoridade possa providenciar de outro modo sua execução (art. 289) e caso essa escusa de cumprimento de ordem do Ministério Público ou juiz de instrução não seja legítima, há previsão de comunicação ao superior do funcionário para a respectiva responsabilização (art. 290).

Para documentar o desempenho da atividade de investigação policial, o funcionário policial deverá lavrar um relatório das atividades, denominado de *atestado* (art. 292), assinado pelo policial, testemunhas, peritos (se possível) e outras pessoas que intervenham na diligência (art. 293). O atestado terá o caráter de *denuncia* (comunicação de notícia de crime) perante o juiz de instrução ou Ministério Público, para os efeitos legais (art. 297.1), enquanto as demais declarações do policial de conhecimentos próprios terão o valor de declaração testemunhal. Apesar desse caráter legal do atestado policial como mera *notitia criminis* ao juiz de instrução, a jurisprudência espanhola desenvolveu-se para identificar três espécies de atuações

¹⁵⁴ Referido dispositivo prossegue com a indicação da concessão de medidas cautelares protetivas, todavia essa atribuição não é da Polícia, mas do juiz municipal que poderá atuar no caso na falta do juiz de instrução: Oliva Santos *et al.*, 2007:301.

policiais, com efeitos distintos: (1) informações dos policiais, de testemunhas ou reconhecimentos, que possuem valor de mera *notitia criminis* ao juiz; (2) informes emitidos por gabinetes policiais (provas técnicas), que tenham a condição de prova, se forem ratificados quando do julgamento plenário; e (3) diligências objetivas e irrepetíveis em juízo oral, praticadas de acordo com as formalidades legais, que possuem a natureza de verdadeiras provas suficiente para superar a presunção de inocência¹⁵⁶.

Para assegurar a aplicação dessa obrigação legal de comunicação imediata tanto da notícia do crime quanto das diligências cautelares inicialmente realizadas pela Polícia, o art. 295 estabelece que, em nenhum caso, salvo as hipóteses de força maior, os funcionários da Polícia Judicial poderão deixar transcorrer mais que 24 horas sem dar conhecimento à autoridade judicial ou ao Ministério Público das diligências praticadas. Esse prazo possui exceção na hipótese de crimes processados mediante os *juicios rapidos*, situação em que se dá maior liberdade de investigação inicial à Polícia, permitindo-se-lhe a comunicação no prazo máximo de 5 dias (art. 796)¹⁵⁷. A omissão de comunicação no prazo legal de 24 horas configura infração disciplinar sujeita a pena de multa (desde que a omissão já não configure um crime), sendo considerada uma falta grave na primeira vez e falta muito grave nas seguintes. Mesmo que a comunicação ao Ministério Público ou juiz de instrução seja feita dentro das 24 horas, se ela demorou mais que o necessário, haverá uma falta leve na primeira vez, grave nas duas seguintes e muito grave nas restantes. Ademais, a omissão de comunicação também configura o crime de “omissão do dever de perseguir crimes”, previsto no art. 408 do CP espanhol, que possui como pena a inabilitação para exercer cargo público de seis meses a dois anos.

Apesar da natureza subsidiária da iniciativa policial de investigação quanto aos crimes graves (*sumario*), cresce a importância dada à natureza autônoma de investigação da Polícia, mediante *atestados*, e através de impulsos requisitórios do Ministério Público, para a investigação no caso de procedimento abreviado, especialmente após a reforma processual de 2002¹⁵⁸. Nesses crimes, após a intervenção policial, o atestado deverá ser encaminhado tanto ao juiz de instrução quanto ao Ministério Público (art. 772.2), pois de acordo com o art. 773.1.2:

¹⁵⁵ Ver Gimeno Sendra, 2008:186-8; Martín Ancín e Álvarez Rodríguez, 2007

¹⁵⁶ Oliva Santos *et al.*, 2007:319.

¹⁵⁷ Gimeno Sendra, 2008:185.

¹⁵⁸ Oliva Santos *et al.*, 2007:301.

“nesse procedimento cabe ao Ministério Público, de maneira especial, impulsionar e simplificar sua tramitação, sem restrição ao direito de defesa das partes e do caráter contraditório do mesmo, dando à Polícia Judicial instruções gerais ou particulares para o mais eficaz cumprimento de suas funções, intervindo nas atuações, juntando os meios de prova de que possa dispor ou solicitando ao juiz de instrução a prática dos mesmos, assim como instar este à adoção das medidas cautelares ou seu levantamento e a conclusão da investigações tão logo quanto avalie que já se praticaram as atuações necessárias para resolver sobre o exercício da ação penal”. Quanto às instruções dadas à Polícia, o art. 4.4 do EOMF estabelece que o Ministério Público pode dar instruções específicas para a Polícia quanto ao cumprimento das diligências que requisitar, todavia para as investigações do procedimento abreviado é admissível a expedição de recomendações genéricas.

Expressamente o art. 773.2 permite que o Ministério Público, ao receber notícia de um crime, não necessite comunicar a autoridade judicial e providencie ele mesmo, diretamente, a investigação do crime, ou ordene à Polícia Judicial a prática das diligências que considere relevantes à comprovação do fato. A possibilidade de conduzir diretamente diligências de investigação também está prevista de forma genérica no art. 3.5 do EOMF. Obviamente, estão excluídas da competência da investigação pelo Ministério Público as diligências que importam em restrição de direitos fundamentais. Nesse caso de notícia de crime feita diretamente ao Ministério Público, se o Ministério Público arquivar a notícia por considerar que não configura crime, deverá notificar o comunicante para este, querendo, reiterar a *notitia criminis* ao juiz de instrução. Para realizar sua investigação, o Ministério Público aplicará subsidiariamente todas as regras das investigações pelo juiz de instrução (art. 773.2.2). A investigação do Ministério Público cessará quando tiver conhecimento de outra investigação pelo juiz de instrução sobre o mesmo fato (art. 773.2.3)¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Apesar desse maior protagonismo do Ministério Público na condução da investigação no procedimento abreviado, ainda se verifica que há várias dubiedades na estruturação da lógica desse sistema, pois o juiz de instrução ainda permanece como a autoridade central da lógica da investigação, tratando-se de brechas de atuação investigativa do Ministério Público (tanto que após seu procedimento, a vítima será intimada para poder reiterar a notícia do crime perante o juiz de instrução e ainda se houver duplicidade de procedimentos prevalece o do juiz de instrução). Como observa Oliva Santos *et al.*, 2007:640, a reforma de 2002 constituiu uma “lei de prova”, na qual procurou-se testar a viabilidade de um novo paradigma de estruturação do sistema processual na fase investigativa. Nesse sentido, já sinalizava a STS de 25 jun. 1993 (comentando o revogado art. 785-bis, atualmente art. 773.2), que tais faculdades concedidas ao Ministério Público “pretendem ser uma espécie de ensaio prévio para o caso de que se

Nesse procedimento, além da maior iniciativa do Ministério Público, também há maior iniciativa de investigação da Polícia. Prevê o art. 777.1 que o juiz de instrução poderá realizar diretamente os atos de investigação que repare necessários ou poderá delegá-los à Polícia, dando notícia ao Ministério Público dessas diligências. Portanto, na investigação do procedimento abreviado, há uma maior utilização da delegação à Polícia, seja pelo Ministério Público ou pelo juiz de instrução, da realização de diligências. Há orientação da Fiscalía General del Estado de que o Ministério Público apenas deve solicitar ao juiz instrutor a realização de diligências que já não tenham sido realizadas pela Polícia, valorizando-se a celeridade do procedimento¹⁶⁰.

Também perante o procedimento para processamento rápido de determinados delitos (art. 795), cabível para uma relação de crimes ou para crimes em flagrante, há uma preferência pela condução da investigação por iniciativa direta da Polícia, com extensa relação de atos de investigação a que a Polícia já está legalmente autorizada a iniciar (art. 796) e mediante posterior documentação em *atestados*, todavia sem prescindir da obrigação geral de comunicar imediatamente ao juiz de instrução e ao Ministério Público. Entre estas diligências estão a iniciativa de ofício da realização de perícias de alcoolemia (especialmente para acidentes de trânsito), fugindo à regra geral de que todas as perícias devem ser ordenadas pelo juiz de instrução¹⁶¹, e a citação de comparecimento perante o Juizado.

Finalmente, no *juicio de faltas*, previsto para as infrações penais qualificados como faltas (com pena leve), a Polícia, ao receber a notícia de um crime tomará as providências essenciais e formará um atestado, encaminhando-o ao juiz competente (ordinariamente, o *Juzgado de Guardia*) (ver art. 962 a 965).

instaure em um futuro a investigação em mãos da acusação pública, reservando-se a Juiz as decisões que afetem os direitos e liberdades fundamentais das pessoa”.

¹⁶⁰ Ver Circular 1/1988, *apud* Oliva Santos *et al.*, 2007:645.

¹⁶¹ Nesse sentido: Oliva Santos *et al.*, 2007:339.

3.1.5 França

3.1.5.1 Características gerais do sistema

No passado, a investigação era realizada apenas mediante a condução do juiz de instrução (*information* ou *instruction*). Todavia, progressivas alterações na legislação francesa passaram a conceder à Polícia um amplo poder de conduzir investigações anteriores à instrução (chamadas de *enquêtes préliminaires*) sob a direção do Ministério Público, especialmente após a lei de 4 de janeiro de 1993, que reforçou o poder de direção da Polícia pelo Ministério Público¹⁶². Atualmente, a figura do juiz de instrução na França é objeto de severas críticas, por permitir uma fase inquisitória no processo penal, havendo uma tendência político criminal de consolidação da atribuição da direção da investigação ao Ministério Público, reservando-se para o juiz das liberdades e da detenção as prerrogativas jurisdicionais de restrição de direitos fundamentais¹⁶³.

¹⁶² Bouloc, 2010:428; Vogler, 2008b:196. Nas palavras de Bouloc, 2010:430: “A lei coloca, cada vez mais, a Polícia Judiciária sob o controle das autoridades de justiça; alguns países vão além para criarem um corpo de polícia que pertence exclusivamente às autoridades judiciárias; as instituições francesas não foram a tanto”.

¹⁶³ Sobre as críticas, afirma Bouloc, 2010:606: “O presidente da República, quando da reabertura dos trabalhos da Corte de Cassação em 7 de janeiro de 2009, considerou necessário suprimir o juiz de instrução. A Comissão *Léger* adotou majoritariamente esse ponto de vista que contém reservas e objeções ao juiz de instrução”. Esse relatório da Comissão *Léger* propõe que a fase de investigação seja simplificada, com um quadro único regendo a investigação, na qual o Ministério Público será o único guia da investigação, devendo o Ministério Público e a Polícia investigarem a *charge et à décharge* (Guéry e Chambon, 2009:11). Guinchard e Buisson, 2009:95, falam em uma “morte programada” do juiz de instrução na agenda político criminal da França, para ser substituído pelo Ministério Público como condutor da investigação criminal, “com uma investigação criminal confiada ao *Parquet* e um juiz (*juges du siège*) que arbitra em casos de dificuldades, orienta o *dossier*, e toma decisões jurisdicionais impositivas para proteção das liberdades”. Segundo depoimento de um juiz de instrução francesa, acumular as atividades de investigação e de contenção de excessos na investigação constitui uma “esquizofrenia”: *ibidem*: 151. Em 2005, apenas 2,8% dos casos que tiveram uma resposta penal (ação penal ou medidas consensuais alternativas ao processo) tiveram a intervenção do juiz de instrução (Danet, 2010:282), em 2006 esse número caiu para 2% (Farcy, 2010:301), e segundo Saint-Pierre, 2010:428, de 2006 a 2008, 96% dos casos penais são investigados diretamente na *enquête* do Ministério Público. Nas palavras de Danet, 2010:286, o juiz de instrução francês é como um pessoa doente de morte já anunciada que ninguém ousa “eutanasiar” e acrescenta (*ibidem*: 297) que a investigação do juiz de instrução, realizada após a *enquête* do Ministério Público, tem normalmente muito pouco a acrescentar em termos de novas informações investigativas. Todavia, não se pode esquecer que a criação do juiz de instrução, no século XIX, foi feita com o intuito de garantia: assegurar que o condutor da investigação estivesse livre de pressões do Poder Executivo (Farcy, 2010:314), situação que hoje o Ministério Público francês não ostenta. Todavia, o *Parquet* francês tem mudado de fisionomia, consolidando-se como o ator principal da política criminal francesa, com fortes movimentos prol sua independência do executivo (Bruschi, 2002:313-338). Apesar dessa tendência, ainda há os que defendem a instituição do juiz de instrução; seus fundamentos são, tradicionalmente: (a) o juiz de instrução possui mais serenidade para investigar que a Polícia, pois não está vinculado à urgência da intervenção de restabelecimento da ordem pública, bem como à comoção e impaciência públicas; (b) a investigação em si já é um atentado às liberdades individuais (o direito de ser deixado em paz), o que justifica ser conduzida por um juiz (que avaliaria a efetiva necessidade de se recorrer aos meios investigativos) e não “abandonada” a investigação à iniciativa policial; (c) o juiz possui o monopólio da colheita das manifestações do suspeito, como forma de garantia; (d) o juiz realiza uma crítica sobre a investigação

Antes da abertura de uma investigação formal pelo Ministério Público, conduzida sob sua supervisão direta (*enquête préliminaire*) ou pelo juiz de instrução (*information*), a Polícia possui a autonomia de agir de ofício para constatar a prática de um crime, recolher as provas de sua prática e esclarecer sua autoria, sempre com a obrigação de repassar tais informações ao Ministério Público. Quando a investigação já está aberta, a Polícia age mediante delegação da jurisdição, executando as requisições do Ministério Público (*réquisition*) ou do juiz de instrução (*commission rogatoire*), cf. art. 14 do CPP francês.

A atividade de polícia judiciária na primeira fase das investigações é exercida mediante direção direta do membro do Ministério Público (*procureur de la République*) (art. 12 do CPP francês). Mesmo quando a Polícia age mediante iniciativa própria, ela continua sendo dirigida pelo Ministério Público, como se sua atuação fosse feita no interesse do Ministério Público, devendo encaminhar-lhe diretamente as informações recebidas¹⁶⁴. Apesar de existirem várias autoridades policiais que podem realizar a investigação dos fatos, há uma centralização da informação investigativa sobre o procurador da República da comarca (*arrondissement judiciaire*) na qual forem recolhidos. Como o Ministério Público atua como o “chefe de toda Polícia Judiciária, exercendo funções em sua comarca”¹⁶⁵, ele deve centralizar o recebimento das informações investigativas. Quanto às medidas coercitivas empregadas pela Polícia, o art. III.3 da parte preliminar ao CPP estabelece a necessidade de fiscalização efetiva pelas autoridades judiciais e de respeito ao princípio da necessidade e proporcionalidade¹⁶⁶.

realizada pelo Ministério Público, suplementando-a se eventualmente incompleta, ainda que a favor do investigado (*à décharge*); (e) o juiz de instrução não julga a culpabilidade do investigado, mas julga a admissibilidade de imputação de uma investigação contra ele (estatuto formal de investigado); (f) o juiz de instrução possui independência em relação ao Poder Executivo, podendo, portanto, executar uma investigação sem pressões, sendo uma garantia de investigações independentes; (g) o juiz de instrução possui independência em relação à acusação (aí incluída a Polícia) e defesa, o que lhe permite melhores condições de investigar *à charge et à décharge* (Coste, 2010; França, ENM, 2012:17). Nessa linha, várias propostas são discutidas sobre o futuro da instituição “juiz de instrução”, seja sua efetiva supressão, com a investigação confiada ao controle do Ministério Público e as restrições de direitos a um juiz das garantias, seja a atribuição ao juiz de instrução de uma função de mero intermediário entre a investigação e o julgamento, sem poderes de investigação, realizando uma admissibilidade preliminar da acusação em procedimento contraditório (Guéry, 2010:427). Apesar da polêmica, aparentemente o tema “esfriou” após a saída do Presidente Nicolas Sarkozy. Sobre o histórico de tentativas de reformas na fase investigativa na França, v. Vogler, 2008b:255-262.

¹⁶⁴ Sobre o controle pelo Ministério Público das investigações preliminares feitas pela Polícia, ver Boulloc, 2010:418. Sobre o Ministério Público como diretor da investigação policial, ver Guinchard e Buisson, 2009:554.

¹⁶⁵ Boulloc, 2010:556.

¹⁶⁶ Segundo Guinchard e Buisson, 2009:494, tal dispositivo possui uma especial aplicação às medidas de polícia. Conferir o referido art. III.3 da parte preliminar do CPP francês: “as medidas restritivas de direitos sobre uma pessoa devem ser realizadas mediante decisão e sob controle efetivo da autoridade judiciária; elas devem ser

Há um destacamento de Polícia Judiciária colocado à disposição de cada Corte de Apelação (*Cour d'Appel*) e mantido sob supervisão do procurador-geral (art. 38) e da câmara de instrução (art. 224 do CPP francês)¹⁶⁷. Nesse poder de fiscalização geral da atividade policial, o procurador-geral possui o poder de expedir recomendações gerais e requisições de diligências que entender úteis à boa administração da justiça (art. 38). O poder de controle da Polícia pelo Ministério Público é reforçado pelo art. 41.3, que prevê que o Ministério Público deve fiscalizar (*contrôler*) os locais de privação de liberdade. Há recomendação do Ministério da Justiça para que os procuradores da República realizem reuniões periódicas com os policiais para analisar suas ações e dar-lhes recomendações, tanto de forma global quanto em relação a casos específicos¹⁶⁸.

A Câmara de Instrução (*Chambre de l'Instruction*), além de jurisdição recursal sobre as decisões tomadas na fase das investigações, também possui poderes de fiscalização sobre a atividade dos oficiais e agentes de polícia (art. 224 do CPP francês) e sobre os retardos injustificados no andamento das investigações pelos juízes instrutores (art. 220)¹⁶⁹. Sendo constatada uma falta funcional de um oficial de Polícia Judiciária, a Câmara de Instrução pode determinar a desqualificação de um oficial de suas funções, para que ele perca a habilitação para poder realizar investigações criminais, numa decisão de execução imediata¹⁷⁰.

A Polícia Judiciária é encarregada, nos termos do art. 14 do CPP francês, de “constatar as infrações à lei penal, de reunir as provas de sua prática e de localizar os seus autores”. A Polícia Judiciária compreende não apenas os oficiais e agentes de polícia judiciária, mas também as demais autoridades às quais a lei atribua poderes de polícia judiciária para investigar crimes específicos (art. 15.3)¹⁷¹. Os oficiais de polícia judiciária possuem o poder de

estritamente limitadas às necessidades do processo, proporcionais à gravidade da infração e não constituir um atentado à dignidade da pessoa”.

¹⁶⁷ Sobre as diversas estruturas da Polícia francesa, v. Vogler, 2008b:225-229.

¹⁶⁸ França, Ministério da Justiça e das Liberdades, Circular Criminal n. 16/2012, de 19 set. 2012, item 2.1.

¹⁶⁹ No caso de atraso injustificado no andamento das investigações, a Câmara de Instrução pode determinar a avocação da competência sobre a investigação, ou pode atribuir outro juiz para conduzi-la (art. 221-1). Sobre suas funções ver Guinchard e Buisson, 2009:222-224.

¹⁷⁰ Segundo Guinchard e Buisson, 2009:222, essa regra de execução imediata, introduzida pela lei de 15 de junho de 2000, visa impedir que a administração policial retarde (ou inviabilize) a aplicação da suspensão, como se constatou em alguns casos.

¹⁷¹ Por exemplo, os crimes praticado no âmbito rural são investigados pela guarda campestre (*garde champêtre*, art. 27), os crimes aduaneiros podem ser investigados por agentes aduaneiros de categoria superior especificamente

receber as comunicações de notícias de crimes, de realizar as investigações preliminares nas condições delimitadas pelo CPP e possuem a autoridade de determinar a detenção policial em casos de flagrante ou por interesse da investigação (*garde à vue*), encaminhando o detido ao Sistema de Justiça para que o Ministério Público decida sobre a conveniência de se manter essa detenção policial (art. 17).

A designação de um policial para ocupar a função de oficial de polícia judiciária é feita mediante designação do Procurador-Geral perante a *Cour d'Appel*, segundo regras editadas por decreto em Conselho de Estado (art. 16 do CPP francês), instrumento que acaba por criar a necessidade de um relacionamento de confiança entre oficial de polícia e Ministério Público (sob pena de eventualmente o Procurador-Geral retirar a qualificação de oficial ao policial, conforme o procedimento do art. 16-2 do CPP¹⁷²). O procurador geral avalia os oficiais de polícia judiciária, o que será levado em consideração para sua progressão na carreira (art. 19-1). Ele também pode impor a um oficial de polícia judiciária a punição de descredenciamento de sua qualificação de oficial de polícia judiciária (art. 16-2)¹⁷³.

O Ministério Público ou o juiz de instrução também podem criar unidades temporárias de investigação para investigar crimes específicos, dirigindo o grupo e requisitando-lhes a realização de determinados atos de investigação (art. 28-1.II, CPP francês). Nessas situações, os agentes de investigação são colocados sob direção do procurador da República, sob supervisão do procurador-geral e sob controle da Câmara de Instrução.

Ao receber a notícia de um crime, entendendo haver fundamento, o procurador da República realiza por si mesmo ou requisita da Polícia as diligências necessárias para a

designados para tal finalidade (mediante requisição específica do Ministério Público ou do juiz de instrução, cf. art. 28-1), e crimes fiscais por agentes da fiscalização tributária (art. 28-2). Ver Boulloc, 2010:419.

¹⁷² Como lembra Boulloc, 2010:369, também o procurador da República, em sua função de controle da Polícia, possui poderes de retirar a qualificação de agente de polícia judiciária aos agentes de polícia municipal. Para conceder a qualidade de oficial de polícia judiciária, o agente de polícia deve submeter-se a um exame perante uma comissão composta por membros do Ministério Público e da força policial respectiva, mas sempre presidida pelo procurador-geral perante a corte de cassação (art. R3 do CPP, modificado pelo Decreto n. 773/2010 do Conselho de Estado). Sobre o poder do Ministério Público de dar a qualificação de oficial de polícia judiciária, ver Boulloc, 2010:370-2; Vlamynck, 2009:15-16.

¹⁷³ Nessa situação, ao invés de requerer o descredenciamento do oficial, o procurador-geral pode simplesmente dirigir-se ao superior hierárquico do oficial e recomendar-lhe as medidas necessárias para sanar os vícios verificados: Boulloc, 2010:429. Obviamente, essa recomendação acaba tendo um caráter coercitivo, pois o não atendimento poderá implicar o posterior descredenciamento do oficial.

elucidação da infração penal, dirigindo a atividade policial (art. 41)¹⁷⁴. O poder de executar diretamente diligências de investigação é reforçado pelo art. 41.4 do CPP francês, que indica que o procurador da República, além de suas prerrogativas, também possui todas as prerrogativas correspondentes às dos oficiais de polícia judiciária, bem como pelo art. 42, segundo o qual o Ministério Público pode requisitar diretamente o apoio da força pública às suas atividades. Antigamente, quando havia a notícia do crime em flagrante, o juiz de instrução poderia dirigir-se ao local dos fatos e já iniciar de ofício uma investigação; todavia, uma lei de 23 de junho de 1999 alterou o art. 72 para retirar esse poder do juiz de instrução, ficando a abertura da instrução sempre subordinada a um requerimento do Ministério Público¹⁷⁵. Na prática, é o Ministério Público quem conduz a fase inicial das investigações, reservando-se a instauração da instrução apenas quando houver necessidade de medidas restritivas de direitos fundamentais específicas, fora da competência decisória do Ministério Público. Ainda assim, a nova legislação tem dado a possibilidade de o Ministério Público recorrer diretamente ao juiz das liberdades para ter o deferimento dessas medidas restritivas de direitos dentro de sua própria investigação.

O Ministério Público na França faz parte da magistratura, ao lado dos juízes, e seus membros costumam ser chamados de *magistrature debout* (magistratura em pé), em oposição aos juízes ou *magistrats du siège* (magistrados do assento, ou ainda membros da *magistrature assise*), pelo fato de ficarem em pé nas sessões para sustentarem suas posições e fazerem os requerimentos¹⁷⁶. Há uma carreira única de magistrado, pois o processo de recrutamento e formação inicial e continuada é feita pela Escola Nacional da Magistratura, bem como a progressão na carreira é feita pela *Commission d'avancement*, única para a carreira da magistratura, sendo possível a mudança de função de juiz para procurador ou vice-versa¹⁷⁷. Apesar da possibilidade de alternância nas funções da carreira de magistrado, há diferenças sensíveis no âmbito das garantias funcionais, de forma que, se um magistrado solicita sua lotação no *Parquet*, ele automaticamente se insere nessa estrutura hierárquica de subordinação. O

¹⁷⁴ Interessante que referido dispositivo afirma que o membro do Ministério Público “procède ou fait procéder” à elucidação, indicando na primeira opção o poder de condução direta das investigações, se necessário. Conferir o original: “Art. 41. Le procureur de la République procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale. A cette fin, il dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans le ressort de son tribunal [...]”.

¹⁷⁵ Sobre a reserva da investigação em flagrante delito à enquête dirigida pelo Ministério Público, ver Guinchard e Buisson, 2009:554.

¹⁷⁶ Boulloc, 2010:141. A estrutura desses dois níveis de magistraturas vem indicado em nível constitucional, nos art. 64 e 65 da Constituição Francesa de 1958.

Ministério Público na França possui relativamente elevado nível de dependência do Poder Executivo, tanto que um de seus princípios reitores é a subordinação hierárquica ao Poder Executivo, sendo um verdadeiro executor da política criminal definida pelo Ministério da Justiça¹⁷⁸. Ao contrário dos juízes, eles não possuem inamovibilidade. O art. 30 do CPP francês estabelece que o Ministro da Justiça conduz a ação pública determinada pelo Governo e pode expedir aos magistrados do Ministério Público instruções gerais sobre como será feito o exercício

¹⁷⁷ Violini, 2011:54; Vogler, 2008b:229.

¹⁷⁸ Boulloc, 2010:144, acrescenta que o verdadeiro chefe supremo do Ministério Público francês é o Ministro da Justiça, também chamado de *garde des Sceaux* (Guarda dos Selos, ou do Sigilo), que dita orientações gerais para execução da política do poder executivo sobre a ação penal. As decisões disciplinares contra os membros do Ministério Público podem ser tomadas pelo Poder Executivo, mediante prévio parecer simples do Conselho Superior da Magistratura. Essa grande dependência do Executivo é um dos principais empecilhos para que o Ministério Público possa assumir definitivamente a condução da investigação criminal na França, pois enquanto o juiz de instrução está livre de pressões externas, o Ministério Público não está; ver Guinchard e Buisson, 2009:152 e Farcy, 2010:311. A progressão funcional dos membros do Ministério Público depende grandemente do Ministro da Justiça, o que os torna permeáveis aos telefonemas com “sugestões” para procedimentos concretos (Bruschi, 2002:337). Sobre os problemas de, apesar de não possuir independência em relação ao Poder Executivo, os membros do Ministério Público francês serem considerados como autoridade judiciária, com poderes para restrições superficiais de direitos fundamentais, como a prorrogação do prazo da *garde à vue* após as primeiras 24 horas, ou de autorizar a Polícia a realizar buscas em locais de trabalho para verificar a regularidade das condições de trabalho, ver Guinchard e Buisson, 2009:358 e 743. Aparentemente, essa dependência do Ministério Público do Poder Executivo está em desacordo com as diretrizes traçadas pelo TEDH para a atuação do Ministério Público, que exigem sua independência; ver: TEDH, *HUBER vs. Suíça*, 23 out. 1990; *Brincat vs. Itália*, 26 nov. 1992; *Pantea vs. Romênia*, 3 jun. 2003. Manifestando-se sobre o Ministério Público francês, o TEDH já decidiu que “é forçoso constatar que o procurador da República não é uma ‘autoridade judiciária’ no sentido de que a jurisprudência da Corte dá a essa noção: [...] falta-lhe em particular a independência em relação ao poder executivo para poder se assim qualificado”; TEDH *Medvedyev et al. vs. França*, 10 jul. 2008 (ver comentários em França, ENM, 2012:13, a qual indica que o juiz de instrução francês foi considerado autoridade judiciária para os fins do art. 5.1 da CEDH). Segundo Bruschi, 2002:335, essa elevada dependência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo tem criado sérios problemas de credibilidade da instituição perante a opinião pública, especialmente quando o Ministro da Justiça expedia orientações específicas para o procurador abandonar a investigação de um caso. Para uma relação de casos em que procuradores foram pressionados a arquivar casos envolvendo interesses de pessoas de influência política e financeira, ver Saint-Pierre, 2010:428. Essa postura de permeabilidade às pressões tem encontrado resistências pelos membros do Ministério Público francês, “que se tornam cada vez menos reservados, menos submissos à hierarquia e à autoridade do Ministro da Justiça, mais preocupados com as expectativas dos franceses, procurando por eles mesmos encontrarem os caminhos do interesse geral” [...], Bruschi, 2002:336. Deve-se registrar, todavia, uma recente mudança de atitude do Ministério da Justiça em relação à ingerência na magistratura, o qual cada vez mais se compromete, de antemão, a respeitar as decisões de indicação ou de recusa de promoção do Conselho da Magistratura (que formalmente são apenas opinativas), bem como evita expedir instruções específicas para um caso, limitando-se às instruções genéricas de política criminal. Ver, v.g., a Circular Criminal n. 16/2012, de 19 set. 2012, item 1, que claramente coloca a ausência de instruções individuais como uma política a ser seguida pelo Ministério da Justiça no seu relacionamento com o Ministério Público; as instruções gerais poderão ser dadas por tipo de criminalidade, por território ou por evento especial (v.g., jogos olímpicos ou migrações turísticas de verão). Há proposições legislativas em curso na França para institucionalizar essa tradição mais recente de respeito à independência da magistratura, já que não basta apenas boa vontade, são necessárias garantias institucionais. Todavia, ainda persiste a obrigação de cada procurador informar regularmente a Chancelaria dos casos mais relevantes sob sua responsabilidade, de os Procuradores da República darem conta das instruções que expediram aos seus substitutos, e de relatar as experiências positivas e negativas em cada jurisdição, apesar de também haver regra de que as

da ação penal, bem como expedir instruções específicas para um procedimento concreto¹⁷⁹. Da mesma forma, o procurador-geral perante a Corte de Apelação pode expedir recomendações gerais e específicas a serem seguidas pelos procuradores da República (art. 36). Todavia, essas instruções específicas somente podem ser positivas (ou seja, não se admite instrução de arquivamento), bem como devem ser feitas por escrito. Por sua vez, os procuradores da República possuem autoridade sobre os seus substitutos e sobre os oficiais do Ministério Público (*officier du Ministère Public*) que atuam perante o Tribunal de Polícia e na jurisdição de proximidade (art. 44). Todavia, para as manifestações orais, o membro do Ministério Público possui liberdade de manifestar-se da forma como entender que seja mais conveniente à justiça (art. 33 do CPP francês), o que traduz o brocardo “a pluma é serva, mas a palavra é livre”¹⁸⁰.

Também o exercício da função do Ministério Público não é privativo de membros da carreira, admitindo-se a designação pelo Procurador-Geral de Comissários de Polícia para exercerem as funções de acusação no Tribunal de Polícia ou na jurisdição de proximidade (art. 45 a 48 do CPP francês)¹⁸¹. O Ministério Público possui atribuição para atuar tanto na prevenção quanto na repressão das infrações à lei penal (art. 35.2 e art. 39-1.1).

Ao final da investigação conduzida pelo Ministério Público (*enquête préliminaire*), realizadas as diligências que ele entendeu pertinentes, o Ministério Público poderá ou proceder ao arquivamento das investigações (*classement sans suite*), ou dar início à ação penal (*poursuite*). As opções para o início do exercício de ação penal são as seguintes: se a pessoa está sob detenção policial, requerer sua apresentação imediata para julgamento (art. 395); se a pessoa está em liberdade, requerer sua citação imediata para processamento (art. 551); ou, quando for

iniciativas de informações pela Chancelaria não deveria ser transformada em “sugestão imperiosa ou constrição dissimulada” (item 1.4 da circular supra referida).

¹⁷⁹ Ver nota anterior sobre a tendência mais recente de o Ministro da Justiça evitar expedição de orientações específicas e a respectiva reforma legislativa em curso para institucionalizar essa tendência.

¹⁸⁰ “La plume est serva, mais la parole est libre”, Bouloc, 2010:146. Tal autor também cita outra exceção ou limite à regra da subordinação hierárquica: há determinadas ações que apenas o titular (o procurador-geral ou o procurador da república) pode executar e se, apesar de uma instrução em um sentido, o titular decidir desobedecer tal instrução, o ato processual será validamente praticado, apenas o titular se submetendo às eventuais consequências administrativas internas. Bouloc acrescenta outras características do Ministério Público francês: a indivisibilidade (possibilidade de substituições recíprocas entre seus membros), independência (em relação ao poder judiciário e à parte lesada, mas não em relação ao poder executivo...), irrecusabilidade e irresponsabilidade (em relação às custas processuais, não às infrações disciplinares ou atos ilegais praticados).

¹⁸¹ Bouloc, 2010:142. Há situações residuais na legislação francesa que outras autoridades que não o Ministério Público podem exercer a ação penal (ou a disponibilidade da mesma) e que são conhecidas como substitutos

necessário ou ainda se a lei prever a obrigatoriedade, requerer o início de uma investigação pelo juiz de instrução (*information* ou *instruction préparatoire*, art. 80.I, do CPP francês)¹⁸². Esse requerimento inicial do Ministério Público para iniciar a investigação judicial, denominado de *réquisitoire introductif* (art. 80.I), já é considerado como um primeiro ato de exercício da ação penal, exigindo-se, portanto, uma prova indiciária mínima da materialidade, ainda que seja admissível iniciar-se a *information* no caso de autoria incerta, para que a autoria seja esclarecida no curso da instrução¹⁸³. Ao requerer a instrução, o Ministério Público deverá transmitir ao juiz de instrução os autos de sua investigação, não podendo retirar dele quaisquer peças, sob pena de nulidade¹⁸⁴. Quando há necessidade de deferimento de determinadas medidas restritivas de direitos fundamentais que exigem decisão do juiz de instrução, o requerimento dessa medida é acompanhado do requerimento do *réquisitoire introductif* para a *information* pelo juiz de instrução.

Portanto, embora a investigação criminal se inicie sob a direção do Ministério Público, sempre que for necessário um pedido de prisão preventiva ou outra medida cautelar que exija prévia intervenção judicial, deverá o Ministério Público transferir ao juiz de instrução a continuidade das investigações. Essa transferência da investigação ao juiz de instrução também ocorre se houver um pedido formulado pela parte civil (vítima que pleiteia indenização dentro do processo penal, chamado de *constitution de partie civile*), a ser justificado numa omissão de atuação do Ministério Público após um prazo de três meses de recepção da comunicação notícia do crime pela vítima (art. 85.2 do CPP). Todavia, progressivamente novos dispositivos vêm atribuindo a prerrogativa de o Ministério Público poder continuar com sua investigação quando houver tais medidas, mediante a possibilidade de acionar diretamente o juiz das liberdades para

exteriores do procurador, para as infrações penais de menor gravidade, como no caso de delitos ambientais, de trânsito, fiscais ou aduaneiros; ver Guinchard e Buisson, 2009:608-611.

¹⁸² A citação imediata é o procedimento ordinário para iniciar a ação penal no caso de réu solto, para delitos e contravenções. Esse requerimento do Ministério Público deve conter a imputação penal, para que dela tome conhecimento o acusado, a qual constará de uma descrição detalhada dos fatos imputados, indicação dos dispositivos legais violados e individualização do acusado (o que equivale à denúncia no sistema brasileiro). Boulloc, 2010:595. Ainda assim, é possível que o tribunal entenda que as informações da *enquête* ainda são insuficientes, situação em que rejeita o prosseguimento e restitui os autos ao Ministério Público, para que este decida se requer a de uma *information* para complementar a investigação, ou para que ele mesmo complemente as investigações em caso de grande complexidade (art. 397-2.2): Guinchard e Buisson, 2009:771.

¹⁸³ Situação conhecida como *ouverture d'information contre X* (pessoa não nomeada), cf. art. 80.I.1. Ver Boulloc, 2010:160 e 561.

¹⁸⁴ Boulloc, 2010:427.

obter as medidas restritivas, e continuar com a *enquête* sem necessidade de abrir uma instrução¹⁸⁵.

A investigação pelo juiz de instrução é obrigatória no caso de crime, e facultativa no caso de delitos (infrações penais de menor gravidade) (art. 79)¹⁸⁶. No caso de contravenções, a intervenção do juiz de instrução é supletiva, para complementação das informações trazidas pelo Ministério Público (art. 397-2.1), sendo em regra a investigação conduzida diretamente pelo Ministério Público, o qual terá os poderes de investigação e de fiscalização das medidas cautelares normalmente atribuídos ao juiz de instrução (art. 394.3). A instrução é vista como um ato de “verificação preliminar da acusação, necessária ao julgamento”¹⁸⁷.

Para as grandes comarcas, existe a *Juridiction inter-régionale spécialisée* (JIRS), criadas pela Lei de 9 mar. 2004, que abrange uma área correspondente a várias comarcas, sendo integrada por uma equipe de trabalho de juízes de instrução e membros do Ministério Público, com atuação especializada em crimes ligados à criminalidade organizada, crimes financeiros ou crimes de elevada complexidade¹⁸⁸. A finalidade da JIRS é favorecer um trabalho

¹⁸⁵ No caso de criminalidade organizada, há a possibilidade de prorrogação do prazo *da garde à vue* diretamente pelo juiz das liberdades, mediante requerimento do Ministério Público, sem necessidade de recorrer à instrução do juiz de instrução (art. 706-88 do CPP francês); no mesmo caso é possível que o Ministério Público requeira diretamente ao juiz das liberdades autorização para realizar interceptação telefônica na *enquête* (art. 706-95). Antigamente, no caso de perícias, era necessário também recorrer ao juiz de instrução; todavia, os art. 706-47 e art. 203-1 dão a prerrogativa ao Ministério Público de determinar a realização de perícias nos casos ali indicados e, de forma mais genérica, o art. 77-1 veio atribuir ao Ministério Público a possibilidade de determinar a realização de perícia na *enquête*. Sobre o tema ver Guinchard e Buisson, 2009:558. Todavia, ainda resta um grande número de diligências que precisam da intervenção do juiz de instrução, no caso de criminalidade mediana, para a realização de interceptações telefônicas, a extensão de competências para todo o território nacional, mais amplitude para a expedição de um mandado de localização de suspeito, a interceptação ambiental, facilidades para o deferimento do agente infiltrado e a possibilidade de recorrer ao mandado de detenção europeu, além da ausência de uma regulamentação do direito de intervenção do advogado (Vlamynck, 2010).

¹⁸⁶ Bouloc, 2010:159. Também há uma diferença de procedimento no caso de flagrante conforme se trate de delito (infração menos grave) ou crime (infração mais grave). Para os delitos, se o Ministério Público entender que já há prova suficiente pode dispensar a instrução e requerer diretamente o processamento perante um tribunal (ver art. 394 a 397), já para os crimes é sempre necessária a instrução. Bouloc, 2010:161-2.

¹⁸⁷ Guéry, 2010:426.

¹⁸⁸ A JIRS é uma evolução dos “pólos da instrução” (*pôle de l’instruction*; art. 52-1 do CPP), que seriam integrado apenas por juízes de instrução, mas teve uma recepção prática maior que aquela instituição, exatamente por permitir uma maior integração entre os juízes de instrução e o Ministério Público. Uma das críticas que se faz a tais pólos é que há uma “excessiva aproximação” entre o juiz de instrução e o Ministério Público, de sorte que o juiz de instrução acaba por se tornar um colega diário do membro do Ministério Público em sua atividade investigativa, perdendo seu distanciamento e sua imparcialidade, deixando de ser um possível garante da liberdade: Guinchard e Buisson, 2009:257. Sobre o funcionamento concreto desses pólos, ver Guinchard e Buisson, 2009:862-4; Guéry e Chambon, 2009:63-64; França, ENM, 2012:21-27.

em equipe, com vários juízes de instruções sendo responsáveis pelo mesmo caso (*co-saisine*), bem como se estabelecendo relações mais estreitas entre os juízes de instrução e os membros do Ministério Público, assistidos, quando necessário, por Departamentos de Polícia especializados.

Entre as medidas restritivas de direitos fundamentais que podem ser autorizadas diretamente pelo juiz de instrução, estão a busca domiciliar (art. 94 do CPP), a revista pessoal (art. 95), e a apreensão de objetos (art. 97), a interceptação telefônica (art. 100 a 100-7). Outras decisões mais incisivas sobre restrições a direitos fundamentais serão tomadas pelo juiz das liberdades e da detenção (*juge des libertés et de la détention*), que possui competência para decidir sobre a apreensão de documentos em escritório de advocacia quando houver oposição do representante da ordem dos advogados – art. 56-1.3; a prisão preventiva – art. 396; a interceptação de correspondências por meio eletrônico no caso de criminalidade organizada – art. 706-95; o armazenamento de informações em servidores de internet – art. 60-2 cc art. 77-1-2.2, e outras medidas restritivas de direitos¹⁸⁹. O juiz das liberdades foi uma figura criada pela Lei n. 516/2000, de 15 de junho de 2000, tendente a retirar do condutor da investigação (o juiz de instrução) o poder de determinar ele mesmo a prisão, visando reforçar a presunção de inocência e inserindo-se numa etapa da política criminal francesas de abolir o juiz de instrução e repassar suas funções investigativas ao Ministério Público¹⁹⁰. Vale ressaltar que o deferimento dessas medidas cautelares não pode ser realizada mediante mera representação policial, sendo essencial a intervenção do Ministério Público para postular seu deferimento¹⁹¹.

No caso de prisão em flagrante, a investigação deverá ser concluída pelo procurador da República no prazo de até 8 dias, prorrogável pelo próprio membro do Ministério

¹⁸⁹ Segundo Guinchard e Buisson, 2009:222, há algumas outras previsões em leis esparsas que permitem ao Ministério Público acionar diretamente o juiz das liberdades e da detenção, no curso de sua *enquête préliminaire*, para solicitar medidas restritivas de direitos fundamentais, como a realização de buscas locais em matéria financeira, aduaneira, de concorrência, prolongação da detenção (*garde à vue*) na investigação do Ministério Público relacionada à criminalidade organizada.

¹⁹⁰ Boulloc, 2010:684. Um dos problemas do juiz de instrução é a alegada violação ao princípio da separação de funções prevista no artigo preliminar I.2 ao CPP, para o qual “o processo penal deve garantir a separação das autoridades encarregadas da ação penal e das autoridades de julgamento”. Guinchard e Buisson, 2009:151, fala de uma “morte programada” do juiz de instrução, para que se permita uma efetiva divisão das funções de conduzir as investigações (Ministério Público) e de restringir direitos fundamentais (juiz das liberdades). Com efeito, o condicionamento da atividade de investigar impede que o juiz de instrução tenha a efetiva imparcialidade para ser juiz da restrição de direitos. Uma entrevista do juiz de instrução Marc Trévidic, do pólo anti-terrorismo de Paris, bem o demonstra: “eu sou um juiz *cowboy*, que se interessa em conhecer seus índios, não apenas para mantê-los na linha da mira, mas também para entender como eles evoluem, como alguém se torna o índio, o que se passa na cabeça de um índio” (Saint-Pierre, 2010:427).

Público por igual prazo no caso de crimes graves (de pena igual ou superior a cinco anos) (art. 53).

Na França, durante a fase da instrução, há dois estatutos para a pessoa investigada: a testemunha assistida (*témoin assisté*, art. 113-41) e o indiciado (*mise en examen*, art. 80-1 do CPP francês). Esses dois estatutos se diferenciam pela intensidade do grau de suspeita imputado ao investigado e pela atribuição mais intensa de direitos de defesa. O estatuto de testemunha assistida é uma situação inferior à de investigado, na qual já existem suspeitas de a pessoa ter participado da infração penal, mas ela ainda não foi formalmente indiciada, seja porque as provas não são contundentes, seja simplesmente porque ainda não houve a decisão de indiciamento (art. 113-1)¹⁹². O estatuto de testemunha assistida também pode ser atribuído mediante solicitação do interessado (art. 113-2). Entre os direitos da testemunha assistida estão o de ser ouvida na companhia de advogado, de seu advogado poder ter acesso aos autos com antecedência à oitiva, de poder posteriormente formular requerimentos de diligências a serem examinados pelo juiz de instrução (art. 113-3) de ser comunicado posteriormente da decisão sobre a investigação (art. 183) e de poder recusar (se quiser) a ser ouvido por um oficial de polícia (por requisição do juiz de instrução), sendo ouvido apenas pelo próprio juiz de instrução (art. 152), e ainda de impugnar a legalidade da instrução perante a Câmara de Instrução. A testemunha assistida pode requerer sua conversão em indiciado (*mise en examen*) para desfrutar da totalidade dos direitos de defesa reconhecidos a um investigado (art. 113-6). Ao ser constituído como indiciado, o investigado possui o direito de ser novamente interrogado pelo juiz, se o requerer (art. 113-8). Já a individualização “forte” do estatuto de pessoa submetida à instrução (*mise en examen*, equivalente funcional ao indiciamento no Brasil ou à constituição de arguido em Portugal) apenas é admissível mediante existência de indícios graves e concordantes, e deve ser antecedida da oitiva da pessoa interessada (art. 80-1)¹⁹³. Passados seis meses da

¹⁹¹ Boulloc, 2010:412.

¹⁹² Esse estatuto intermediário entre a testemunha e o investigado formal foi criado pela lei de 30 de dezembro de 1987, com a finalidade de minorar a estigmatização decorrente de o próprio suspeito solicitar ser constituído formalmente como investigado (já que no sistema antigo era denominado de inculcado – *inculpé*, o que era claramente estigmatizante perante a opinião pública), permitindo-se-lhe ter acesso às garantias de assistência de advogado, não prestar compromisso e não ser obrigado a falar sobre fatos auto-incriminatórios, mas ainda com um estatuto menos estigmatizado (de uma testemunha assistida de um advogado). Ver Boulloc, 2010:630; Guinchard e Buisson, 2009:877-902; Guéry e Chambon, 2009:255-291.

¹⁹³ Por ser obrigatória sua prévia oitiva, é possível que seja expedido um mandado de detenção (*mandat d'arret*) contra o suspeito, sem que ele ainda seja formalmente constituído como indiciado (*mise en examen*), o que apenas ocorrerá após sua oitiva. Guinchard e Buisson, 2009:874.

decisão do juiz de submeter uma pessoa à instrução (ou logo após o resultado de uma perícia), é possível que o interessado solicite a retirada de seu estatuto de investigado, para receber o estatuto de testemunha assistida (*statut de témoin assisté*) (art. 80-1-1). Não há uma gradação de fases entre os dois estatutos, sendo possível que uma pessoa seja diretamente indiciada sem receber o estatuto de testemunha assistida, bem como é possível que um indiciado solicite sua requalificação como testemunha assistida. Esses dois estatutos estão previstos apenas para a fase da instrução, e são atribuídos pelo juiz de instrução; para a fase da *enquête* (conduzida pela polícia sob controle do Ministério Público), não há previsão de atribuição desses estatutos, todavia a doutrina reconhece que o investigado na *enquête* já deve gozar dos direitos equivalentes ao da testemunha assistida, ainda que não receba formalmente esse estatuto¹⁹⁴. Especialmente no caso de o investigado estar sob *garde à vue* na fase de *enquête préliminaire*, o que já lhe assegura o direito à presença do advogado em seu interrogatório policial (art. 63-3-1) e o direito deste a ter vista do *dossier* da *enquête*, podendo tomar notas (não tirar cópias).

Se houver a instrução, ela consistirá na oitiva da pessoa investigada (art. 80-2) e na realização de todos os atos que o juiz de instrução entender convenientes para o esclarecimentos dos fatos, devendo ele investigar a favor ou contra o investigado (*à charge et à décharge*, art. 81 do CPP francês). O Ministério Público, em seu requerimento inicial de instrução ou nos posteriores, também pode requerer a realização dos atos necessários ao esclarecimento dos fatos, que apenas podem ser indeferidos pelo juiz por decisão motivada, admitindo-se posterior recurso (art. 82). Para a execução dos atos de instrução, o juiz poderá realizá-los pessoalmente ou expedir uma delegação à Polícia para realização de atos de investigação (*commission rogatoire*, art. 81.4), com a ressalva de algumas diligências que não podem ser delegadas (interrogatório, acareações e algumas restrições à oitiva do suspeito não indiciado e da parte civil, cf. art. 152.2). Na concepção original do CPP francês, a realização direta pelo juiz de instrução de atos investigativos deveria ser a regra e a delegação à Polícia deveria ser a exceção; todavia, a prática forense rapidamente deturpou essa lógica, e na prática o juiz de instrução delega todos os atos de investigação à Polícia (com controle pelo Ministério Público), reservando para si apenas aqueles que a lei expressamente proíbe a delegação¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Guinchard e Buisson, 2009:648.

¹⁹⁵ Guinchard e Buisson, 2009:988; Vogler, 2008b:202. Para uma visão histórica da evolução das comissões rogatórias, ver Guéry e Chambon, 2009:626. A doutrina critica essa prática de delegar praticamente todos os atos

A lei permite uma participação ativa do Ministério Público no acompanhamento das atividades de investigação do juiz de instrução. No requerimento inicial de abertura da instrução (*réquisitoire introductif*) e em requerimentos posteriores (*réquisitoires supplétifs*) o Ministério Público pode solicitar a realização de diligências, e o direito de acompanhá-las (art. 82.1). Esse requerimento limita os fatos sobre os quais o juiz poderá investigar, não podendo ele ampliar sua investigação para outros fatos conexos, senão através de um *réquisitoire supplétif* do Ministério Público¹⁹⁶. A qualquer momento o Ministério Público pode solicitar vista dos autos da investigação, a ser concedida no prazo de 24 horas (art. 82.2). Se o juiz de instrução desejar realizar atos de investigação *in loco*, deverá avisar o Ministério Público, para que o procurador da República, querendo, acompanhe a diligência (art. 92). Também se o juiz de instrução determinar a realização de uma perícia, a decisão deve ser comunicada ao Ministério Público e aos advogados das partes para que se manifestem quanto à modificação ou acréscimo de quesitos (art. 161-1). Todo interrogatório deve ser previamente comunicado ao Ministério Público para participar de sua realização, se o quiser (art. 119 e 120). Ademais, todas as decisões de restrição de liberdade devem ser precedidas de uma manifestação do Ministério Público (art. 131, 140, 145 e 148.2), ainda que não vinculativa. Caso o Ministério Público formule requerimento de diligências investigativas que sejam indeferidas pelo juiz de instrução, é possível apelação à Câmara de Instrução. O juiz de instrução também deve encaminhar ao Procurador-Geral um relatório semestral das atividades desenvolvidas em cada caso (art. 221)¹⁹⁷. Toda essa participação intensa leva autores a concluir que o Ministério Público exerce um verdadeiro *poder de direção* sobre a instrução do juiz, especialmente em relação à delimitação do objeto da investigação judicial (*saisine* através do *réquisitoire*)¹⁹⁸. Ainda assim, esses poderes de acompanhamento das diligências não são ordinariamente utilizados pelo Ministério Público na prática, que acaba deixando o juiz de instrução em liberdade para realizar sua investigação, sendo dela comunicado no relatório semestral ou quando de sua conclusão. Ademais, há ainda a possibilidade de que os atos determinados, mas ainda não realizados, sejam

de instrução à Polícia, pois retiraria do juiz a imediatidade do contato com a prova, mas a jurisprudência aceita sua realização e não impõe sanções (Guéry e Chambon, 2009:634).

¹⁹⁶ Todavia, o juiz pode incluir outros autores dos mesmos fatos, já que se trata de uma *saisine in rem* (sobre fatos e não sobre pessoas); França, ENM, 2012:34.

¹⁹⁷ Quanto ao possível controle do Ministério Público sobre o juiz de instrução, ver França, ENM, 2012:131-134.

¹⁹⁸ Boulloc, 2010:152. Também acrescenta que além desse poder de fato de direção, há um enorme poder de controle exercido pelo Ministério Público sobre os atos do juiz de instrução, indicados na possibilidade de participação dos atos de instrução e de impugnação dos atos contrários ao direito.

juntados numa pasta de *actes en cours*, à qual as partes não têm acesso (usualmente nem o Ministério Público), deles tomando conhecimento apenas após a execução¹⁹⁹.

Os atos de instrução são realizados em audiência, com possibilidade de participação do Ministério Público e do advogado do investigado; apesar de a instrução não ser propriamente contraditória, há uma crescente participação do defensor, tanto no acompanhamento das diligências quanto na possibilidade de criticar as eventuais irregularidades²⁰⁰. Especialmente no âmbito da *garde à vue*, há uma maior possibilidade de participação do defensor.

Quando o juiz de instrução avaliar que a investigação realizada já é suficiente, deverá comunicar os atos ao Ministério Público e às partes, que poderão formular requerimentos adicionais (art. 175). Nessa fase é usual o Ministério Público formular um requerimento final (*réquisitoire définitif*), indicando os fatos pelos quais deseja que o réu seja acusado. Ao final dessas diligências, o juiz de instrução indica se há admissibilidade para uma acusação de crime contra o investigado (*charges*), indicando a qualificação jurídica e ordenando seu processamento perante o tribunal competente para julgar o delito (*renvoi aux fins de jugement* para as contravenções ou delitos, ou *mise en accusation* para os crimes)²⁰¹, ou decide que não há indícios de crime e determina o arquivamento (*ordonnance de non-lieu*) (art. 177). Vale lembrar que a instrução é instaurada por requerimento do Ministério Público, de sorte que essa decisão do juiz de instrução consiste no reconhecimento da admissibilidade daquela imputação inicial (ainda que sem autoria certa), tornando admissível que o Ministério Público dê continuidade à promoção da ação penal perante a *Cour d'Assises* (crimes) ou o *Tribunal Correctionnel* (delitos), conforme o caso²⁰².

¹⁹⁹ França, ENM, 2012:31.

²⁰⁰ Boulloc, 2010:610 e 772.

²⁰¹ Na França as infrações penais são escalonadas em três níveis: contravenções (julgadas pelo Tribunal de Polícia ou pela Jurisdição de Proximidade), delitos (julgados pelo Tribunal Correccional) e crimes (julgados pela *Cour d'assises*). A distinção entre delitos e crimes é que os primeiros possuem pena igual ou inferior a 10 anos, enquanto os segundos possuem pena superior a 10 anos. Ver art. 178 a 181 do CPP francês.

²⁰² Em termos práticos, é a *ordonnance* do juiz que dá continuidade à ação penal perante o Tribunal, sendo uma verdadeira acusação. Essa decisão parece ser um equivalente funcional da decisão de pronúncia, no procedimento dos crimes dolosos contra a vida perante o Tribunal do Júri, no Brasil. De ver-se, todavia, que, como o requisito inicial da instrução, feito pelo Ministério Público, pode ser relativamente genérico, e que os fatos sejam efetivamente individualizados no curso da instrução, ou que surjam novos envolvidos no curso da investigação, essa decisão de encaminhar a juízo acaba tendo faticamente uma função de acusação, o que traz severas críticas

3.1.5.2 Comunicação da notícia do crime

O art. 17 do CPP permite aos oficiais de polícia receberem notícias de crimes (queixas e denúncias – *plaintes et dénonciations*²⁰³). No caso de comunicações feitas pela vítima, a Polícia é obrigada a receber a notícia, mesmo que não seja territorialmente competente para a investigação, devendo posteriormente reencaminhá-la à unidade competente (art. 15-3).

O art. 19 do CPP francês estabelece que os oficiais de polícia judiciária possuem o dever de informar “sem demora” (*sans délai*) ao procurador da República os crimes de que tiver conhecimento²⁰⁴. A doutrina recomenda que antes da transmissão sejam realizados algumas diligências preliminares de constatação e verificação, que todavia não elidem o dever de comunicação sem demora²⁰⁵. Se um agente de polícia obtiver a notícia do crime por iniciativa própria, ele deverá elaborar um relatório da notícia e encaminhá-lo ao oficial de polícia, que por sua vez o encaminhará sem demora ao Ministério Público²⁰⁶.

Da mesma forma, quaisquer funcionários públicos que tenham conhecimento da prática de um crime possuem a obrigação de comunicar sem demora ao Ministério Público, bem como de encaminhar-lhe todas as informações investigativas que posteriormente receber sobre tal crime (art. 40.2)²⁰⁷.

sobre a legitimidade dessa função pelo juiz de instrução francês; ver Guinchard e Buisson, 2009:153. Ademais, na instrução, o juiz possui poderes investigativos e pode delegá-los à Polícia, o que acaba por conduzir à situação inconveniente de permitir à Polícia que realize atos de instrução processual, fora do ambiente judicial, que serão levados em consideração pela *Cour d'Assises* para fundamentar a eventual condenação do acusado. Essas regras do processo penal francês estão em choque com o art. 6-3.d da CEDH que prevê o direito do acusado de interrogar as testemunhas de acusação (nesse sentido: TEDH, *Rachdad vs. França*, 13 nov. 2003, n. 71.846/01; ver ainda os casos *Uterpertinger vs. Áustria*, de 24 nov. 1986, *Barbera e outros vs. Espanha* de 6 dez. 1988; *Kostovski vs. Holanda* de 20 nov. 1989, *Delta* de 19 dez. 1990, *Isgro vs. Itália* de 19 fev. 1991 e *Saidi vs. França* de 20 set. 1993). Ver Boulloc, 2010:843. Outra crítica recorrente na doutrina francesa é o fato de o juiz de instrução apenas “copiar e colar” as razões do Ministério Público em seu *réquisitoire définitif* para justificar sua decisão de *renvoi au jugement*, sem uma efetiva fundamentação, e sem contraditório pela defesa: ver por todos Danet, 2010:293.

²⁰³ Na França, a distinção entre queixa e denúncia é feita com fundamento na natureza do denunciante: se for a vítima será uma queixa, se for um terceiro será uma denúncia. Boulloc, 2010:380.

²⁰⁴ Esse art. 19 é essencial para a compreensão do caráter da Polícia como órgão auxiliar do Ministério Público na França. Conferir nossa tradução: “Os oficiais de polícia judiciária são obrigados a informar sem demora ao procurador da República os crimes, delitos e contravenções de que eles tenham conhecimento. Desde o encerramento de suas operações, eles devem encaminhar ao Ministério Público o original, bem como uma cópia certificada, dos termos das diligências que lavrarem; todos os documentos relativos à investigação devem ser-lhe encaminhados ao mesmo tempo que produzidos; os objetos apreendidos são colocados à sua disposição”.

²⁰⁵ Boulloc, 2010:381.

²⁰⁶ Sobre os relatório dos agentes de polícia, ver Decocq *et al.*, 1998:715.

²⁰⁷ Indicando o Ministério Público como o destinatário de todas as notícias crimes, ver Guinchard e Buisson, 2009:605-7.

Para o caso de crimes praticados no âmbito rural a serem investigados pelos guardas campestres (*gardes champêtres*), o prazo da comunicação de cada um dos termos de atos de investigação será de 5 dias, incluindo-se o dia da constatação da prática do crime (art. 27). No caso de agentes de segurança particular que sejam acreditados a exercer funções de polícia judiciária nos limites das propriedades nas quais exercem as funções de segurança (apenas para constatação de infrações, não propriamente de investigação), o prazo máximo das comunicações ao Ministério Público da notícia da infração será de três dias, incluindo-se o dia da constatação da prática do crime (art. 29). Esses dispositivos deveriam permitir a conclusão de que, no âmbito da Polícia Judiciária em sentido estrito, o prazo para a comunicação imediata (*sans délai*) das notícias de crimes deveria ser prazo inferior ao dos demais órgãos com atribuições excepcionais (alguns poucos dias). Todavia, em termos práticos, a previsão legal acaba não se realizando, pois, normalmente, quando a polícia toma conhecimento de um crime e não haja qualquer restrição de direitos fundamentais, ela poderá instaurar a *enquête préliminaire* e conduzi-la pelo prazo de até seis meses, e apenas ao fim desse período é que o Ministério Público francês tomará conhecimento da investigação policial. Ou seja, o prazo “sem demora” previsto na lei acaba se transformando, na prática, em seis meses.

Todavia, no caso de flagrante de crime, a primeira diligência que os oficiais de polícia têm a fazer é comunicar imediatamente o Ministério Público da prática de um crime (art. 54.1), em seguida dirigindo-se ao local para constatar a prática da infração penal.

Em regra o *procès-verbal* de comunicação de um crime não possui força probatória, apenas força informativa (art. 430); todavia, em algumas situações específicas a lei atribui um valor probatório inicial até prova em contrário (especialmente no caso de crimes econômicos e tributários)²⁰⁸.

Quando a Polícia realiza a comunicação do delito ao Ministério Público antes da conclusão final das investigações, o Ministério Público possui uma de quatro alternativas: determinar a continuidade da investigação (pela Polícia ou avocando-a), formular um requerimento de abertura de uma investigação pelo juiz de instrução, determinar a abertura de um procedimento alternativo (para acordos penais) ou determinar desde já o arquivamento das

²⁰⁸ Bouloc, 2010:127.

investigações quando razões especiais de oportunidade o justifiquem (art. 40-1), nesse último caso cabendo recurso pela vítima para o procurador-geral (art. 40-3). Na França não há uma regra de obrigatoriedade da ação penal, ao contrário, vige um princípio de discricionariedade quanto à abertura ou não de uma investigação (*règle de l'opportunité des poursuites*)²⁰⁹.

Como instrumento de gerenciamento das comunicações de crimes e dos procedimentos de investigação daí decorrentes, o Escritório da Ordem Nacional Automatizada de Procedimentos Judiciais (*bureau d'ordre national automatisé des procédures judiciaires*) administra um sistema de informações que contém os principais dados de cada procedimento de investigação e as medidas que estão sendo tomadas pelos membros do Ministério Público ou por juízes de instrução (art. 48-1); esse sistema é administrado por um magistrado (do Ministério Público ou juiz). As informações desse banco de dados estão constantemente acessíveis aos membros do Ministério Público, juízes de instrução e à supervisão do procurador-geral²¹⁰. As informações constantes desse banco de dados pode nele permanecer por um período de até dez anos a contar da última informação introduzida ou, havendo condenação, até a prescrição da pena.

Quanto às comunicações anônimas de crimes, a Corte de Cassação francesa entende que a denúncia anônima não constitui justa causa suficiente para a abertura de uma investigação, ou para justificar as diligências restritivas de direitos fundamentais numa situação de flagrante delito. Assim, a jurisprudência francesa entende que uma mera notícia anônima não confirmada, não é suficiente para justificar uma intervenção em flagrante. Ao contrário, o fato de um suspeito tentar se esquivar de policiais, uma denúncia anônima confirmada por verificações *in loco* dos policiais, operações de vigilância de entrega de drogas, ou mesmo um depoimento de uma vítima ou testemunha individualizada dando notícia da prática do crime já constitui indício

²⁰⁹ Boulloc, 2010:157. Acrescentam Guinchard e Buisson, 2009:738, que esse sistema de persecução diferida (já que ela poderia ser exercida até antes do implemento do prazo prescricional) tem a vantagem de permitir a otimização dos recursos humanos para as prioridades político-criminais, mas os inconvenientes de permitir tratamentos diferenciados para os mesmos fatos em locais diferentes do território nacional, mas que esse defeito seria compensado pelo fato de se permitir à vítima a legitimidade residual de ajuizar a ação penal na inércia do Ministério Público.

²¹⁰ Esse sistema seria uma síntese única do que atualmente é feito no Brasil em relação aos sistemas policiais de catalogação de ocorrências de crimes, de andamento de inquéritos policiais, fundidos ainda com os sistemas de tramitação processual do Ministério Público e do Poder Judiciário na fase das investigações criminais.

suficiente para justificar a intervenção em flagrante ou para justificar o início de uma investigação formal²¹¹.

3.1.5.3 Diligências investigativas de iniciativa autônoma da própria Polícia

Há duas situações em que a Polícia possui iniciativa de realização de diligências de investigação: na investigação em decorrência de flagrante delito (*enquête de flagrance*) e nas demais situações para realizar uma investigação preliminar (*enquête preliminaire*). Na primeira há um conjunto de poderes de constrição que podem ser utilizados pela Polícia, enquanto na segunda esses poderes são limitados a uma prévia autorização de um magistrado. Em todas as investigações, há uma iniciativa de investigação concorrente entre os oficiais de polícia e os membros do Ministério Público. Nesse sentido, afirma o art. 75 que os oficiais de polícia podem realizar investigações mediante instruções do procurador da República ou mediante ação de ofício e o art. 12 permite que o Ministério Público realize diretamente os atos de investigação que julgar necessários²¹². Todavia, presume-se que a iniciativa de ação de ofício é feita no interesse do Ministério Público, e sempre essa ação estará sob fiscalização do Ministério Público, seja a fiscalização direta do procurador da República que conduz as investigações e recebe as comunicações das diligências realizadas, seja a fiscalização mais genérica do procurador-geral²¹³.

Quanto ao momento de comunicar ao Ministério Público, há duas disposições parcialmente contraditórias no direito francês. O Decreto do Conselho de Estado n. 84/2005, que introduziu um art. R2-1 ao CPP (na parte das regulamentações do código), que prevê: “os oficiais de polícia judiciária devem prestar contas de suas diversas operações à autoridade judiciária da qual eles dependem sem aguardar o término de sua missão”, indicando que as comunicações deveriam ser feitas ao término de cada diligência específica e não apenas ao final do inquérito. Todavia, o art. 19 do CPP indica que os oficiais de polícia judiciária devem informar sem demora (*sans délai*) ao Ministério Público da notícia do crime, e quando da conclusão de suas operações (*clôture de leurs opérations*) devem encaminhar as atas das diligências investigativas. A prática

²¹¹ França. Corte de Cassação. Crim. 2 fev. 1988; Crim. 8 out. 1989; Crim. 11 jul. 2007; ver: Bouloc, 2010:394; Guinchard e Buisson, 2009:504.

²¹² Ver Guinchard e Buisson, 2009:501.

²¹³ Todavia, reconhecendo que essa fiscalização pelo Ministério Público é, na prática, fraca, pois há um amplo espaço de liberdade à Polícia e os contatos telefônicos são rápidos e se fundam basicamente na informação que o policial deseja repassar ao procurador, v. Vogler, 2008b:199-200.

acabou por estabelecer a rotina de que a comunicação se realiza apenas quando há necessidade de alguma medida cautelar, quando da conclusão das investigações, ou então no prazo máximo de seis meses de seu início²¹⁴. Nessas situações, também se criou uma rotina de contato telefônico imediato entre Polícia e Ministério Público para agilizar os diversos atos de informação pela Polícia e direção pelo Ministério Público, chamado de *traitment en temps réel*²¹⁵. Esses contatos periódicos acabam gerando uma forte relação de interdependência e fomentam uma relação de confiança baseada em uma cultura partilhada entre Ministério Público e policiais de campo²¹⁶.

O estado de flagrante delito cria um quadro jurídico fundado na urgência da intervenção policial destinada a assegurar as fontes de prova, que permitem tanto algumas diligências restritivas de direitos fundamentais (buscas domiciliárias e prisão em flagrante), bem como autoriza a realização de diligências de investigação pela Polícia de iniciativa própria²¹⁷.

No caso de flagrante de crime, o CPP francês recomenda que o procurador da República se dirija sem demora ao local dos fatos, para que este proceda *in loco* às averiguações necessárias, apreenda os objetos úteis à prova do crime, e entreviste *in loco* os possíveis envolvidos com o delito (art. 54). Apesar de o código recomendar a presença física do membro do Ministério Público no local dos fatos, o art. 74.2 estabelece que ele pode delegar essa atribuição de comparecer ao local de crime a um oficial de polícia. Esse deslocamento ao local é uma prerrogativa cujo exercício deve ser avaliado como conveniente no caso concreto, admitindo-se que apenas o oficial de polícia judiciária lá compareça²¹⁸. Na prática das cidades grandes, na maioria dos casos, é apenas a Polícia quem comparece ao local do crime. Já nas cidades de interior, é comum o Ministério Público deslocar-se ao local dos fatos.

²¹⁴ Decocq *et al.*, 1998:703; Vlamynck, 2010:431. Assim, os atos são imediatamente documentados, mas comunicados ao Ministério Público ao final da investigação. A doutrina recomenda a simultaneidade entre a realização do ato investigativo e a lavratura da ata, muitas vezes realizando-se esse ato já no próprio local dos fatos, mediante formulários de preenchimento manuscrito, já colhendo-se a assinatura da testemunha: Decocq *et al.*, 1998:706. Esse princípio é chamado na doutrina francesa de “princípio da simultaneidade ação-redação”.

²¹⁵ Este subscritor participou em nov. 2012 e jun. 2013 de programa de intercâmbio promovido pela *École Nationale de la Magistrature*, tendo participado de estágio prático em jurisdição francesa, onde viu na prática essa rotina de interação entre Polícia e Ministério Público. Usualmente os membros do Ministério Público atuam em uma sala coletiva, equipados com microfones e auriculares portáteis para agilizarem o contato telefônico e administrarem as instruções de investigações e as designações de data para apresentação de réus presos ou de citação para comparecimento imediato. Sobre o tratamento em tempo real das investigações pelo Ministério Público, v. Bastard, Mouhanna e Ackerman, 2012.

²¹⁶ Mouhanna, 2011.

Nesse sentido, o art. 61.4 estabelece que o oficial de polícia, ao chegar a um local de crime, pode entrevistar-se com as pessoas que estão no local, ou com as pessoas que ele determinar sua apresentação imediata, lavrando-se uma ata das declarações verbais, que vai assinada pelo oficial e pelo depoente²¹⁹. Esse poder de investigação também se estende em casos específicos aos agentes de polícia designados pelo oficial de polícia. O art. 66 recomenda que a ata dessas diligências seja lavrada no próprio local dos fatos. Há, portanto, uma legitimidade autônoma da Polícia para iniciar imediatamente atos de investigação no caso de flagrante delito mesmo sem qualquer requisição específica do Ministério Público, pois nessa situação “não há um instante a perder para que a reação social ao crime entre em ação”²²⁰. Todavia, há uma eficácia mais limitada, pois as entrevistas realizadas pela Polícia no local dos fatos não é precedida do compromisso de dizer a verdade, como ocorre nos depoimentos prestados perante o juiz de instrução, de sorte que as pessoas não podem ser responsabilizadas pelo crime de falso testemunho²²¹; ademais, a regra que proíbe que uma pessoa suspeita do crime seja ouvida na qualidade de testemunha também não se aplica à investigação policial preliminar em geral, exatamente porque nessa fase preliminar ainda não está claro quem são os possíveis autores da infração penal.

A preservação do local de crime é uma das obrigações do oficial de polícia judiciária (art. 54.2). A alteração involuntária dos vestígios do crime constitui uma contravenção penal (art. 55 do CPP) e a alteração dolosa constitui um delito (art. 434-4 do CP francês); a referida contravenção possui como destinatários primários os próprios agentes de polícia judiciária. O oficial de polícia também pode realizar a apreensão dos objetos úteis à prova do

²¹⁷ Sobre o efeito legitimador da situação de flagrante para as duas espécies de intervenções policiais (ações constritivas e ações investigativas), ver Guinchard e Buisson, 2009:499.

²¹⁸ Boulloc, 2010:395.

²¹⁹ Regra interessante consta do art. 62-1 do CPP francês, que permite que o endereço das testemunhas a constar no processo seja o endereço da sede do serviço policial, de sorte que na sede do serviço policial haja um registro paralelo com o domicílio das testemunhas. Essa regra visa resguardar a intimidade das testemunhas, evitando que seu endereço seja desnecessariamente tornado público com a sua inclusão nos autos da investigação, que seria posteriormente acessível ao investigado; Boulloc, 2010:404. Todavia, também não se pode negar que, em determinadas situações (provavelmente residuais, mas ainda assim significativas), não saber o endereço da testemunha de acusação pode significar uma redução da capacidade da defesa de impugnar eventuais debilidades do depoimento da testemunha. A jurisprudência francesa também admite que as entrevistas com as testemunhas sejam feitas por meio telefônico ou mesmo por fax: Guinchard e Buisson, 2009:561 e Boulloc, 2010:420.

²²⁰ Boulloc, 2010:393.

²²¹ Apenas durante a instrução é que as testemunhas prestarão compromisso; assim, se a Polícia cumprir uma requisição do juiz de instrução de ouvir uma testemunha durante a instrução, nessa situação a Polícia colherá o seu compromisso. Ver Boulloc, 2010:727.

crime (art. 56.2 do CPP francês), pode determinar que as possíveis testemunhas não se afastem do local do crime (art. 61) e pode realizar a verificação de identidade das pessoas presentes (art. 78-2).

Em regra, a iniciativa da realização de uma perícia pertence ao Ministério Público ou ao juiz de instrução (art. 156 do CPP francês). Todavia, é admissível que o Ministério Público autorize previamente um oficial de polícia para este poder determinar a realização de perícias logo após a prática do crime (art. 77-1). Há, portanto, para esse último, uma autorização genérica (para quaisquer crimes) pelo Ministério Público para poder autorizar a realização de perícias pela Polícia no caso de flagrante delito, no interesse do Ministério Público²²². Caso seja necessário designar um perito privado, sua nomeação será privativa pelo Ministério Público. Especificamente na *information* pelo juiz de instrução, os peritos designados pelo juiz possuem iniciativa de ofício para entrevistar-se com as testemunhas para recolher informações para suas análises e, se necessitarem entrevistar-se com o investigado, devem fazê-lo necessariamente em audiência com o juiz de instrução, na presença do defensor (exceção feita apenas para os peritos médicos e psicólogos) (art. 164).

Na França não há regulamentação da reconstrução simulada dos fatos com um detido em *garde à vue*, nem do reconhecimento de suspeito em roda por testemunhas, mas a jurisprudência francesa entende que, apesar da omissão legal, tais diligências não são ilegais²²³.

Esse poder de iniciativa autônoma de investigações pela Polícia no caso de flagrante delito, sem instruções específicas do Ministério Público, pode durar um máximo de até oito dias, sendo renováveis uma vez pelo membro do Ministério Público (art. 53.2)²²⁴. Após esse período, fica subentendido no sistema legal que a investigação deverá ser conduzida mediante instruções do Ministério Público, convertendo-se a *enquête en flagrance* em uma *enquête*

²²² No regime antigo do CPP, as perícias eram realizadas necessariamente no âmbito da instrução; a permissão de um oficial de polícia já ordenar a realização da perícia para o caso de flagrante delito, no âmbito de uma *enquête* conduzida pela Polícia e supervisionada *pari passu* pelo Ministério Público, constitui um progressivo esvaziamento das funções do juiz de instrução, em direção à investigação conduzida (de forma direta ou indireta) pelo Ministério Público. Ver Guinchard e Buisson, 2009:520. Criticando o pouco controle pelo Ministério Público da polícia francesa, v. Delmas-Marty, 2004:111.

²²³ Boulloc, 2010:405 e 423.

²²⁴ Boulloc, 2010:395.

*preliminaire*²²⁵. A autorização para realização de investigações de ofício pela Polícia nos momentos iniciais da prática do crime abrange a autorização para realizar os atos de coerção inerentes a essa atividade, como a intimação de comparecimento de testemunhas (sob pena de posterior condução coercitiva por ordem do Ministério Público), realização de buscas no local do crime e apreensão dos objetos ligados ao crime sob pena de a resistência à ação policial ser qualificada como crime, ou seja, um conjunto de diligências que ensejam potencialmente o uso da força para sua realização²²⁶.

O poder investigativo do membro do Ministério Público está acima da autoridade dos oficiais de polícia para conduzir as investigações. Nesse sentido, se o procurador da República chegar ao local dos fatos, ele assumirá pessoalmente a direção das investigações, podendo prescrever aos oficiais de polícia quais atos concretos de investigação devem ser realizados (art. 68 do CPP). Conforme a doutrina francesa, o Ministério Público possui os mesmos poderes que um oficial de polícia judiciária (art. 41.4), podendo para tanto realizar a requisição da força pública no exercício de suas funções (art. 42)²²⁷. Não há, portanto, no plano legal, conflito de atribuições entre membro do Ministério Público e oficial de polícia, pois a manifestação do primeiro prevalece.

Caso seja realizada uma perícia sobre objetos apreendidos, o resultado dessa perícia pode ser comunicado oralmente aos investigadores, se a urgência o recomendar (art. 60.3 do CPP francês). Em regra, primeiro os policiais são comunicados e depois o Ministério Público receberá essa informação.

Entende-se que o poder de investigar pertence ao Ministério Público ou ao juiz de instrução, e que nas hipóteses de flagrante delito em que a Polícia pode realizar diligências de investigação de iniciativa própria são, em verdade, delegações legais de poderes investigativos, limitadas temporalmente aos dias seguintes ao flagrante delito. Apesar de o código as qualificar como “atos de polícia judiciária” essas diligências urgentes feitas pela Polícia materialmente possuem os mesmos efeitos dos atos de instrução, justificados exatamente pela razão de urgência. Ou seja, atos de polícia judiciária com efeitos equiparados aos atos de instrução praticados pelo

²²⁵ Sobre a possibilidade de converter uma investigação preliminar em flagrante ou vice-versa, ver Guinchard e Buisson, 2009:598.

²²⁶ Sobre o caráter coercitivo da investigação policial, ver Bouloc, 2010:397.

titular do direito de investigar (o Ministério Público ou o juiz de instrução)²²⁸. Todavia, a doutrina reconhece que há menos garantias na investigação conduzida pela Polícia que a conduzida pelos magistrados (do Ministério Público ou juízes de instrução), de sorte que essa última é preferível²²⁹.

Fora da situação de flagrante delito, a investigação será realizada no âmbito de uma *enquête preliminaire*. No sistema original do CPP francês, a regra era a investigação mediante *information* pelo juiz de instrução e a única exceção era a investigação no caso de flagrante delito (*enquête en flagrance*), conduzida pela Polícia sob fiscalização do Ministério Público. A *enquête preliminaire* foi uma construção da prática para esclarecer os casos de denúncias anônimas ou mal formuladas, que não permitissem imediatamente formular um pedido de *information*, e que a jurisprudência acabou por aceitar e posteriormente a legislação a normatizou, estendendo à *enquête preliminaire* os poderes de investigação antes exclusivos da *enquête en flagrance* (exceto aquelas restrições limitadas pela situação de flagrância)²³⁰. Atualmente, a tendência é de diminuir o campo de atuação da investigação pelo juiz de instrução e ampliar o campo da investigação conduzida pelo Ministério Público (ou pela Polícia mediante fiscalização deste)²³¹.

Há duas possibilidades de início de uma *enquête preliminaire*: por iniciativa de ofício de um oficial de polícia ou por iniciativa do Ministério Público. Se a *enquête preliminaire* é instaurada de ofício pelo oficial de polícia judiciária, ele possui a obrigação de comunicar o Ministério Público da notícia do crime no prazo máximo de seis meses (art. 75-1.2), sem prejuízo da obrigação de comunicar-lhe imediatamente se houver a identificação da autoria do crime (art. 75-2). Apesar de o art. 19 do CPP recomendar que essa comunicação ocorra sem demora (*sans délai*), na prática obedece-se este prazo máximo de seis meses, exceto se o investigado estiver

²²⁷ Boulloc, 2010:433.

²²⁸ Boulloc, 2010:396.

²²⁹ Um desses aspectos é uma menor possibilidade de participação do advogado na investigação policial, fato que tem sido criticado pela doutrina francesa: ver Boulloc, 2010:397.

²³⁰ Inicialmente, a *enquête preliminaire* era enquadrada como uma investigação sem possibilidade de realização de atos de constrição (ou de contrição condicionada à concordância que sofre a diligência), todavia essa perspectiva já foi substancialmente alterada pelas sucessivas reformas, que admitem nesse procedimento a *garde à vue* (art. 77), buscas mediante autorização do juiz das liberdades (art. 76.4), intimação coercitiva de testemunhas (art. 78.1), expedição de mandado de busca do suspeito para ser colocado em *garde à vue* (art. 77-4),

²³¹ Guinchard e Buisson, 2009:564. Essa ampliação não ocorre com a diminuição dos poderes do juiz de instrução, mas com a criação de “atalhos” para o Ministério Público acionar diretamente o juiz das liberdades no âmbito da sua *enquête*, tornando desnecessário abrir uma *information* perante o juiz de instrução.

sob *garde à vue*, quando a comunicação ao *Parquet* deve ser imediata, ou se houver orientação diversa do Ministério Público para que ele seja comunicado precocemente de determinados crimes que merecem um acompanhamento diferenciado²³². Esse prazo de seis meses pode ser prorrogado mediante justificativa apresentada pelos investigadores.

Ao receber a comunicação do andamento da investigação criminal fora da situação de flagrante delito, o que ocorre após os seis meses de seu início (cf. art. 75-1.2) ou antes, no momento em que a Polícia considera que a investigação está concluída (art. 75-2 e art. 19), e sendo o caso de persecução (não sendo o caso de arquivamento de plano ou de encaminhamento para acordos processuais), o procurador da República possui quatro opções: dar instruções aos oficiais de polícia judiciária para a realização de determinadas diligências, fixando o prazo para sua conclusão (*enquête complémentaire*, cf. art. 75-1.1); concordar com o rumo das investigações desenhado pela Polícia e aguardar as demais comunicações do oficial de polícia judiciária; realizar ele mesmo atos de investigação para o esclarecimento dos fatos (art. 41.1); ou poderá ainda requerer a abertura de uma investigação pelo juiz de instrução (*information*)²³³.

Não há previsão no sistema francês de um ato formal instaurando a *enquête*, ela é apenas uma sucessão de atos de investigação documentados em um *dossier*, que podem ser iniciados de ofício pelo oficial de polícia judiciária ou mediante ordem do Ministério Público, mas sempre perspectivados como um procedimento para a acusação, ou seja, trata-se de uma investigação conduzida sob direção do Ministério Público com a finalidade de proporcionar-lhe os elementos necessários para decidir qual o destino processual a ser dado à notícia da prática de um fato criminoso (arquivamento, composição ou ação penal)²³⁴. Considerando que a maioria das atividades de investigação são faticamente desempenhadas pela Polícia, é ela quem abre o *dossier* e posteriormente o encaminha ao Ministério Público²³⁵. Como visto, no caso de flagrante delito, o prazo de conclusão das diligências deve ser de oito dias, prorrogáveis uma vez pelo procurador

²³² V.g., para crimes praticados em contexto de violência doméstica, há recomendação do Ministério da Justiça para que o Ministério Público seja comunicado nos primeiros momentos logo após o recebimento da notícia do crime, para orientar as intervenções psicossociais na vítima e no agressor; ver França, MJ, 2011:31.

²³³ Guinchard e Buisson, 2009:757.

²³⁴ Guinchard e Buisson, 2009:564.

²³⁵ Guinchard e Buisson, 2009:736. Tais autores dão conta (*loc. cit.*) de que, na prática forense francesa, criou-se o hábito de a Polícia comunicar por telefone o Ministério Público dos *dossiers* que está encaminhando, para que quando o procedimento seja entregue nas dependências do Ministério Público, já haja uma manifestação processual minutada, de forma a agilizar o destino do procedimento, prática esta que ficou conhecida como *traitement en temps réel*, por oposição ao tradicional sistema de *traitement sur courrier*.

da República; todavia, no caso da *enquête preliminaire*, não há um prazo previamente estabelecido para sua conclusão final, podendo ocorrer sucessivas prorrogações de prazo pelo Ministério Público²³⁶.

A lei estabelece que a *enquête preliminaire* é conduzida sob a instrução e direção do Ministério Público (CPP, art. 12, art. 75.1 e art. 76.5). Todavia, desde a instauração da investigação criminal até a efetiva comunicação ao Ministério Público, que pode ocorrer no prazo máximo de seis meses, há na prática uma autorização legal para que a Polícia envie todos os esforços necessários para esclarecer a infração penal, ou seja, uma delegação legal implícita de iniciativa de atos de investigação à Polícia até orientação em sentido contrário pelo Ministério Público. Percebe-se, portanto, que há um largo espaço de legitimidade para uma ação *ex officio* de iniciativa pela Polícia de atos de investigação no âmbito da *enquête preliminaire* (investigação fora da situação de flagrante delito), mas sempre sob o controle posterior do Ministério Público.

Usualmente os contatos entre Polícia e Ministério Público são realizados mediante ligação telefônica (*traitment en temps réel*), de sorte que as instruções são orais, de forma a acelerar a tramitação dos procedimentos²³⁷. Essa forma de atuação é especialmente utilizada nos casos em que o investigado está sob detenção policial (*garde à vue*) e há alguma urgência na intervenção. Também quando se trata de um crime especialmente grave, com repercussões midiáticas ou sobre a ordem pública, hipóteses em que usualmente o Ministério Público acompanha mais de perto o desenrolar contínuo da investigação, exigindo comunicações telefônicas mais próximas pelo oficial de polícia judiciária e mesmo realizando reuniões periódicas para se desenhar as estratégias investigativas²³⁸.

²³⁶ Boulloc, 2010:418, indica que seria de seis meses o prazo de conclusão da *enquête preliminaire*, com fundamento no art. 77-2, que prevê que caso tenha havia uma *garde à vue* posteriormente relaxada, após seis meses de investigação o ex-preso poderá formular um pedido de explicações quanto ao estado das investigações, indicando-se que esse seria um prazo razoável para a conclusão das investigações. Já Guinchard e Buisson, 2009:566, esclarecem que não há formalmente a previsão de um prazo fatal, já que a não resposta do Ministério Público ao questionamento não gera qualquer nulidade sobre a investigação, e que a única limitação à condução de uma *enquête preliminaire* seria a existência de uma *information* (perante o juiz de instrução) já aberta (que, aliás, apenas o poderia ser mediante um requerimento do Ministério Público ou da vítima).

²³⁷ Sobre o *traitment en temps réel*, ver Bastard, Mouhanna e Ackermann, 2012.

²³⁸ Para os casos de acompanhamento continuado da investigação, normalmente o Ministério Público francês cria fichas internas de anotação, para acompanhar a evolução do caso, anotando nela as novas informações trazidas pela Polícia. Ver França, ENM, [s.d.].

Algumas diligências não podem ser realizadas diretamente por todos os oficiais de polícia judiciária, apenas por aqueles especificamente autorizados pelo Ministério Público, como o poder de requisitar documentos de órgãos públicos ou pessoas privadas (art. 77-1). Outras diligências restritivas de direitos estão subordinadas à prévia autorização do procurador da República (como a autorização para condução coercitiva de testemunhas) ou do juiz das liberdades.

As investigações devem ser secretas; todavia, a fim de evitar a propagação de informações incorretas ou para evitar um problema de ordem pública, é lícito ao procurador da República, e ofício ou mediante requerimento dos interessados, tornar público determinados fatos objeto da investigação (art. 11.3 do CPP francês)²³⁹.

Durante a fase das investigações preliminares (*enquête préliminaire*) não há uma regulamentação do estatuto formal de investigado (*mise en examen*), pois esse estatuto está previsto apenas para a fase da instrução perante o juiz de instrução (art. 80-1), após um requerimento do Ministério Público realizando essa imputação (*requisitoire introductif* ou *suppletif*). Assim, o investigado possui um estatuto informal de *mise en cause* e ainda é ouvido na qualidade de testemunha²⁴⁰. Uma das consequências desse estatuto deficiente é que o suspeito (o futuro indiciado – ou *mis en examen*), na fase das investigações preliminares, ainda não possui o direito de ser assistido por um advogado²⁴¹. Exceção feita às hipóteses de *garde à vue*, em que a reforma de 2011 previu o direito do detido de solicitar a assistência de advogado (CPP, art. 63-3-1).

Quando houver a abertura de uma investigação pelo juiz de instrução (*information*), cessará automaticamente a legitimidade da Polícia de realizar atos de investigação autônomos, devendo daí em diante seguir apenas as requisições do juiz de instrução (art. 14.2).

²³⁹ A regra do segredo das investigações ligava-se, sobretudo, ao segredo contra o investigado (Guéry e Chambon, 2009:105). Todavia, essa regra do segredo das investigações tem sido mitigada por influência do direito europeu e, por uma lei de 1996, pela qual o assistente civil e o defensor passaram a ter acesso ao procedimento da instrução, de forma que atualmente o segredo seria apenas perante terceiros (especialmente a mídia), ou seja, há atos não públicos de colheita de depoimento e há uma obrigação de guardar segredo esses atos que recai sobre o juiz de instrução, Ministério Público e policiais, todavia não sobre o próprio investigado ou sobre a vítima. Sobre o segredo na instrução, ver Guinchard e Buisson, 2009:865 e Guéry e Chambon, 2009:105-113.

²⁴⁰ Guinchard e Buisson, 2009:599. Mais adiante, tais autores indicam que o estatuto formal do investigado deveria ser o de uma pessoa envolvida na investigação (*personne impliquée*), já que não foi formalmente constituído como demandado no processo, Guinchard e Buisson, 2009:648.

²⁴¹ Bouloc, 2010:404.

Assim, é admissível que o juiz de instrução realize a delegação à polícia judiciária de realização de atos de investigação (*commission rogatoire* ou *délégation*), para a prática dos atos necessários ao esclarecimento dos fatos, verificando posteriormente os elementos de informação assim recolhidos (art. 81, §§ 4º e 5º). Apenas é possível a delegação de atos instrutórios (não a de atos decisórios, como o indiciamento – *mise en examen*), sendo proibida a delegação de realização do interrogatório ou de acareação com o investigado (art. 152.2); ademais, a oitiva da testemunha assistida (o suspeito não indiciado) e a parte civil apenas podem ser realizadas pela Polícia sem oposição do interessado.

É inadmissível que o juiz de instrução expeça uma delegação genérica de investigação quanto aos fatos investigados, sendo essencial que ele indique precisamente quais são os fatos que estão sendo investigados, sob pena de nulidade (art. 151.3); todavia, a Corte de Cassação admite que o juiz delegue genericamente os atos de investigação necessários para esclarecer os fatos investigados²⁴². A prática de expedir delegações genéricas é especialmente comum no caso de investigações contra pessoas desconhecidas e em crimes complexos (mas não apenas). É possível que um oficial de polícia realize uma detenção momentânea (*garde à vue*) no curso do cumprimento de uma requisição do juiz de instrução, não sendo necessário que essa diligência esteja especificada na delegação (art. 154)²⁴³. Quando o juiz de instrução requisita diligências à Polícia, o oficial de polícia judiciária que receber a requisição deverá comunicá-la ao membro do Ministério Público (art. 151.1), o qual poderá acompanhar sua realização. O resultado das diligências deverá ser comunicado ao juiz de instrução no prazo por ele assinalado, ou no prazo de oito dias após sua realização (art. 151.4). É obrigação do juiz de instrução verificar a regularidade da prática desses atos, e essa atividade de fiscalização pelo juiz de

²⁴² Guinchard e Buisson, 2009:991; Guéry e Chambon, 2009:661. O problema da vedação de delegações genéricas para investigação de fatos é especialmente complexa para a investigação da criminalidade organizada, quando há uma atividade criminosa com ramificações em diversos segmentos e, portanto, o esclarecimento dos fatos delituosos faz parte da atividade investigativa primária. Nessa situação, a jurisprudência aceita que a investigação policial por delegação do juiz de instrução avance sobre os demais fatos descobertos, mas a doutrina recomenda prudência: Guéry e Chambon, 2009:662.

²⁴³ Aqui há uma contradição no sistema francês. Antigamente era possível colocar em *garde à vue* as testemunhas, mas tal possibilidade já foi abolida e apenas é possível deter em *garde à vue* o suspeito do delito. Todavia, se ele já foi constituído como indiciado formal (*mise en examen*), não é possível sua oitiva pela Polícia, apenas pelo juiz, e como testemunha assistida ele apenas poderá ser ouvido pela Polícia se concordar. Portanto, apenas será possível a *garde à vue* para oitiva do suspeito não indiciado, e se ele concordar em seu ouvido pela Polícia, caso contrário a Polícia deverá apresentar o detido ao juiz de instrução. Se o detido aceitar prestar depoimento à Polícia, não precisará prestar compromisso, mas se eventualmente prestar tal fato não constituirá nulidade (art.

instrução também será posteriormente fiscalizada pela Câmara de Instrução (art. 81.5 e art. 220)²⁴⁴.

A prática de o juiz de instrução delegar à Polícia a maioria das diligências na fase da instrução, inclusive com a possibilidade de expedir delegações genéricas de atos de investigação, acaba reconduzindo à Polícia grande legitimidade de iniciativa para investigar na fase da instrução. Todavia, ela é sempre limitada à expedição de uma delegação, que pode ser revogada a qualquer tempo, bem como está subordinada à fiscalização pelo Ministério Público (art. 151.1) e pelo juiz de instrução (art. 81.5)²⁴⁵.

3.1.6 Inglaterra

A Inglaterra possui um sistema de *Common Law*, o que significa que historicamente não havia legislação escrita, mas um conjunto de precedentes de aplicação cogente que representam a tradição jurídica dos ingleses e guia a aplicação do direito²⁴⁶.

Historicamente, a ação penal na Inglaterra era privada, ou seja, qualquer cidadão poderia iniciá-la para crimes de especial gravidade. Todavia, foi sempre a Polícia que teve a preponderância de iniciar diretamente a ação penal após a conclusão das investigações, bem como por sustentar a acusação em juízo, o que era fruto de severas críticas quanto à falta de profissionalismo e ao risco de corrupção²⁴⁷. Assim, a Polícia inglesa era ao mesmo tempo órgão de investigação e de acusação. O embrião do acusador público inicia-se, no sistema inglês, com o *Director of Public Prosecutions* (DPP) em um ato de 1879, que inicialmente tinha atuação limitada a determinados delitos mais graves com a obrigação de a Polícia referir-lhe tais casos, para ele assumir a titularidade do exercício da ação penal. Essa atribuição foi progressivamente expandida para incluir outros delitos de interesse público, até que uma reforma de 1979 facultou

153.2 e .3). Esses dispositivos aparentemente colocam em cheque o direito ao silêncio, em sua modalidade de direito a ser informado do direito ao silêncio. Ver Guinchard e Buisson, 2009:994; Guéry e Chambon, 2009:652.

²⁴⁴ Bouloc, 2010:729.

²⁴⁵ Danet, 2010:297, indicam que cada vez mais o juiz de instrução deixa de ser um diretor direto da instrução e passa a ser um controlador da Polícia. O referido art. 151.1 do CPP francês estabelece que quando o juiz de instrução realiza uma *commision rogatoire* à Polícia, esta deve comunicar ao Ministério Público que irá cumprir tal requisição. Em termos práticos, essa comunicação acaba sendo genérica, apenas para justificar que em tal dia o agente de polícia não estará à disposição do Ministério Público, sem um efetivo controle pelo Ministério Público do conteúdo material da investigação do juiz de instrução.

²⁴⁶ Sobre as fontes do direito inglês, v. Darbyshire, 2008

²⁴⁷ Reiner, 2004:239-242; Cuadrado Salinas, 2010:41; Feldman, 1999.

ao DPP a possibilidade de dirigir o curso da ação penal em qualquer fase em que se encontre, mas ainda uma atuação não obrigatória.

Em 1981 foi criada a *Royal Commission on Criminal Procedure*, encarregada de indicar reformas necessárias no processo penal inglês. Constatou-se diversas críticas ao modelo de acusação policial, especialmente a ausência de transparência na fase das investigações e ausência de uniformidade da política criminal na fase de ação penal. Essa comissão concluiu que deveria haver quatro princípios reitores de reforma na fase de investigações: imparcialidade, transparência, responsabilidade e eficiência. Nessa linha, foi editado o *Police and Criminal Evidence Act*, de 1984, regulamentando os poderes da Polícia na fase investigativa, bem como foi editado em 1985 o *Prosecution Offences Act*, tendo em 1986 iniciado as atividades do *Crown Prosecution Service* (CPS). Todavia, em sua fase inicial, a atuação do CPS era limitada a manifestar-se sobre a admissibilidade de acusação dos casos enviados pela Polícia, ou iniciados por particulares, sem poder de direcionar as investigações ou iniciar de ofício um caso. Esse sistema significava que se a Polícia decidisse não encaminhar o caso ao CPS, ele não tomaria conhecimento desse caso.

Em 2003 o *Criminal Justice Act* alargou as atribuições do CPS, permitindo-lhe maior ingerência na fase das investigações. Esses novos poderes estão ligados à exclusividade do CPS para iniciar uma acusação contra um cidadão, bem como a faculdade de o CPS acompanhar o desenvolvimento da investigação conduzida pela Polícia, indicando a linha de investigação que deseja que seja seguida, através de realização das diligências que entenda oportunas²⁴⁸. Um dos principais argumentos para essa reforma foi a constatação que era usual a Polícia realizar acusações criminais em situações de indícios fracos, e quando posteriormente o CPS assumia a ação penal acabava havendo uma absolvição por insuficiência de provas, mas o réu já havia sido submetido ao constrangimento do processo²⁴⁹. Com a reforma, o CPS deverá, desde o início, indicar se o critério da suficiência de provas está presente para iniciar um processo.

O Ministério Público inglês é estruturado em um modelo de subordinação hierárquica de estrutura descentralizada, que possui em sua cúpula o *Attorney General*, o qual está vinculado ao Ministério da Justiça e presta contas da execução da política criminal ao

²⁴⁸ Cuadrado Salinas, 2010:218.

²⁴⁹ J. Jackson, 2011:150.

Parlamento, de um *Director of Public Prosecutions*, de diversas unidades locais lideradas por um *Chief Crown Prosecutor*, e no nível mais inferior pelo *Crown Prosecutor*²⁵⁰. O *Attorney General* é indicado pelo Primeiro Ministro dentre integrantes do Parlamento, portanto possui um vínculo político com o Governo, ainda que não faça parte formalmente do Gabinete do Primeiro Ministro. Ele possui o poder de iniciar uma acusação, ou de determinar o arquivamento de um caso (*nolle prosequi*), nesse último caso sem necessidade de indicar suas razões e sem recurso admissível (uma verdadeira prerrogativa), mas que admite uma eventual reabertura posterior do caso²⁵¹. Trata-se de uma expressão do princípio da oportunidade da ação penal (e não da legalidade), que também é partilhado, em menor medida, pelos demais integrantes do CPS²⁵². O *Director of Public Prosecutions* está subordinado ao *Attorney General*, sendo indicado para um mandato de cinco anos, tendo a responsabilidade de expedir atos regulamentares com as diretrizes de atuação do CPS, podendo ainda avocar processos para determinar sua acusação ou a suspensão do procedimento, conforme o interesse público. O *Chief Crown Prosecutor* ditará as diretrizes de política criminal no nível local, que serão executadas pelos *Crown Prosecutors*.

Os integrantes do CPS são selecionados mediante entrevista por uma comissão especial, que avaliará os méritos do candidato e sua promoção também é regida por critérios de oportunidade, o que gera forte vinculação hierárquica de atuação. Sua atuação é guiada pelos princípios da coerência e transparência, ainda que se reconheçam brechas de discricionariedade na execução concreta da política criminal.

A Polícia inglesa era reconhecida, no passado, como sendo absolutamente independente do Poder Executivo. A tradição britânica indicava um policial desarmado, numa estrutura fragmentada em diversas forças policiais, submetidas a um sistema de controle comunitário com afiliações locais, construída em oposição ao modelo continental da gendarmaria militarizada. Como argumenta Cuadrado Salinas, essa independência do *constable*, sob a afirmação de que ele responderia apenas à lei, era em verdade uma afirmação da ideia de

²⁵⁰ Darbyshire, 2008:125 *et seq.*, indicando que o *Attorney General*, apesar de ser politicamente indicado e prestar contas ao Parlamento, possui larga independência, sendo esse controle legislativo “fraco”. V. ainda Paes, 2003:114-120; Verhage e Ponsaers, 2011:129; J. Jackson, 2011.

²⁵¹ Cuadrado Salinas, 2010:89, indica que os casos mais usuais de *nolle prosequi* são de réus com incapacidade mental, ou beneficiados com acordo de delação premiada (informantes policiais), mas traz o sério risco de uso para fins político-partidários.

²⁵² Darbyshire, 2008:87.

discrecionariedade policial construída pela *Common Law*²⁵³. Todavia, atualmente esse paradigma está fortemente mitigado tanto pela intervenção do Ministério Público no acompanhamento das investigações, quanto pela progressiva centralização de comando e vinculação dos chefes de polícia locais às instruções emitidas pelo *Home Secretary*, pelos códigos de atuação policial e ainda pela fiscalização por uma agência de controle externo da atividade policial²⁵⁴. Assim, o antigo paradigma da “independência operativa” está sendo substituído pelo da “responsabilidade operativa”²⁵⁵.

A Polícia possui ampla liberdade de ação para a iniciativa de diligências como revistas pessoais, sempre sob a exigência de fundados indícios a justificar sua execução. Para a realização de buscas domiciliárias é necessária prévia autorização judicial (usualmente do juiz de paz), com exceção dos ingressos domiciliares para realização de uma prisão, ou, na sequência de uma prisão, sobre o local onde a pessoa estava ocupando ou sobre seu domicílio, se houver suspeitas de que nesses locais encontram-se provas relacionadas ao crime (PACE 1984, Código B, art. 4º).

A maior liberdade de ação da Polícia inglesa está na possibilidade de realizar uma detenção policial, não apenas na hipótese de flagrante delito, mas também de crimes que já foram cometidos, desde que se trata de crimes de gravidade mediana (*arrestable offences*) e haja uma suspeita razoável da prática do crime, com a finalidade de providenciar a identificação do suspeito (nome e endereço), prevenir a prática de outros crimes, permitir uma pronta investigação da conduta praticada e prevenir que as provas sejam escondidas ou venham desaparecer (PACE 1984, art. 24). Após a prisão, a Polícia deveria colocar o preso à disposição do juiz tão logo quanto possível, mas não há impedimento de que ela já realize o seu interrogatório. Os prazos da prisão são de 24 horas mediante autorização do *custody officer* (um policial que não participou da diligência), podendo ser autorizada prorrogação por até 36 horas por um superintendente, e por até as 96 horas (4 dias) pelo juiz, após o que será necessário um mandado judicial de prisão preventiva. Tudo isso numa situação de suspeita ainda não inteiramente confirmada.

²⁵³ Cuadrado Salinas, 2010:219 *et seq.*

²⁵⁴ Vogler, 2004:175; Darbyshire, 2008:125-128.

²⁵⁵ Jones, 2008:703. Vogler, 2004:178 indica que ainda é muito forte na Inglaterra a ideia de que a Polícia não deveria andar armada, apesar das sucessivas restrições.

Essa regra ampla acaba por permitir que na maioria dos casos a Polícia prenda o suspeito para realizar o interrogatório com o investigado preso, liberando-o em seguida sob a condição de apresentar-se posteriormente ao juiz, o que é objeto de severas críticas quanto à usual desnecessidade dessa prisão²⁵⁶. Muitas vezes a detenção é feita apenas para se aguardar uma eventual confissão. Houve uma reforma pelo *Criminal Justice Act* de 2003 (que incluiu os arts. 30A a 30D no PACE), para permitir que a Polícia não prenda quando não estiverem presentes os requisitos (conhecida como *street bail*), mas a redação dessa exceção tópica acaba confirmando a regra geral de prender para interrogar.

No sistema inglês o silêncio no interrogatório poderá ser interpretado em desfavor da defesa segundo as “máximas de experiência”, bem como a alegação de exercício do direito ao silêncio pelo interrogado não impede os policiais de prosseguirem indagando (cf. PACE 1984, Código C, art. 12.5), o que gera faticamente uma situação de pressão, ainda que ela seja formalmente proibida pelo código (art. 76.2). Ademais, o interrogatório policial pode ser utilizado como meio de prova em juízo, o que confere um perigoso poder à Polícia²⁵⁷.

O papel do *custody officer* é muito relevante para dar forma à posterior acusação do CPS, pois ele tem o poder de dizer, quando um investigado é preso, se existem indícios suficientes para manter ou não sua prisão, podendo até mesmo liberá-lo sem acusações, o que acaba correspondendo à possibilidade de arquivar as investigações (PACE 1984, art. 37). Todavia, o *Director of Public Prosecutions* possui o poder de expedir recomendações (*guidance*) de atendimento obrigatório aos *custody officers*, para guiá-los nos critérios de suas decisões, e revisar tais recomendações periodicamente (PACE, art. 37A). Há um poder mais genérico de o *Director* expedir aconselhamentos (*advice*) à Polícia sobre a forma de agir para assegurar a eficiência da futura acusação (*Prosecution of Offenses Act* 1985, art. 3.2.e).

Quando uma pessoa é presa e considera-se que existem indícios de sua participação no crime, é obrigação do policial comunicar o caso ao *Director of Public Prosecutions*, o qual poderá decidir se existem indícios suficientes para uma acusação e se o investigado deverá receber uma fiança (*bail*) ou não. Essa comunicação deverá ocorrer no prazo

²⁵⁶ Darbyshire, 2008:80; Cuadrado Salinas, 2010:242-268; Mathias, 2005:492.

mais breve possível (*as soon as practible*) e a resposta do Ministério Público poderá ser dada oralmente, mas em seguida confirmada por escrito. Assim, considerando que na maioria dos casos criminais o investigado é preso para ser interrogado, o Ministério Público inglês, após 2006, passou a ter uma atuação relevante de acompanhamento na fase das investigações, seja através das recomendações de atuação, seja através da orientação imediata logo no início da investigação, seja no dever de acompanhamento do caso.

O *Director of Public Prosecutions* tem o poder de expedir uma regulamentação exigindo que os *Chief Officers of Police* lhe comuniquem obrigatoriamente os casos de crimes por ele indicados, sempre que houver um mínimo de provas para acusação (*prima facie case*), bem como o *Director* poderá requisitar informações à Polícia a qualquer tempo (*Prosecution of Offences Act 1985*, art. 8). Esse poder de o Diretor do Ministério Público expedir regulamentações à Polícia está sujeita à eventual anulação pelo Parlamento. Essa disposição permite que o *Director* estabeleça um rol de crimes mais complexos para os quais o Ministério Público deva acompanhar a investigação policial de forma mais próxima desde seu início. Todavia, como a aplicação dessas regras é um tanto discricionária, acaba que em termos práticos, para os casos ordinários, se a Polícia decide não encaminhar um caso ao Ministério Público, por insuficiência de provas, ele provavelmente não terá conhecimento dos fatos.

Ainda assim, o poder de a Polícia conduzir a fase investigativa é muito forte no sistema inglês, marcada por poderes amplos (até mesmo a faculdade de não agir diante do crime) e muitas vezes com controles fracos²⁵⁸. O que é uma manifestação da forte tendência securitária

²⁵⁷ Cuadrado Salinas, 2010:264; Darbyshire, 2008:146. Em TEDH, *Condron vs. Reino Unido*, 2000, a Corte de Estrasburgo argumentou que o direito ao silêncio impõe a não consideração do silêncio isoladamente como prejudicial, mas a negativa de oposição a outras provas produzidas poderá ensejar sua condenação.

²⁵⁸ V. críticas genéricas em Reiner, 2004:239 *et seq.* Darbyshire, 2008:79 exemplifica que não existe um direito à *privacy* na *Common Law* inglesa e que, mesmo após a Inglaterra ser condenada pelo TEDH por violação ao art. 8º da CEDH (caso *Malone vs. Reino Unido*, 1985), a regulamentação das interceptações telefônicas ainda concede grande liberdade à Polícia para determinar essa diligência. Indicando que a aplicação da CEDH à Inglaterra, após o *Human Rights Act 1998*, tem alterado esse paradigma, v. Darbyshire, 2008:49; Feldman, 1999:91.

na Inglaterra²⁵⁹. Segundo Darbyshire, em termos práticos, o Ministério Público inglês não tem poderes coercitivos sobre a Polícia²⁶⁰.

Essa relação entre Ministério Público e Polícia no sistema inglês pode ser sintetizada no art. 3.2 do *Code for Crown Prosecutors* (7ª ed., jan. 2013), expedido pelo *Director of Public Prosecutors*, que estabelece:

A Polícia e outros investigadores são responsáveis por conduzir investigações de quaisquer alegações de crimes e por decidir como aplicar os seus recursos. Isso inclui decisões de iniciar ou continuar uma investigação e a amplitude dessa investigação. Promotores devem com frequência aconselhar a Polícia e outros investigadores sobre as possíveis linhas de investigação e sobre as exigências probatórias, e auxiliar nos procedimentos anteriores à acusação. Nas investigações de grande escala [a Polícia] deve pedir ao Promotor que aconselhe o conjunto da estratégia de investigação, incluindo as decisões de diminuir ou ampliar o escopo do fato investigado e o número de suspeitos na investigação. A finalidade é auxiliar a Polícia e outros investigadores a completar a investigação num período de tempo razoável, para construir um caso de acusação o mais eficiente possível. Todavia, Promotores não dirigem a Polícia ou os investigadores.

Essa visão sobre a divisão de funções, e o dever de acompanhamento das investigações pelo Ministério Público inglês, é completada pelo art. 3.6 do mesmo código, que estabelece:

Promotores devem rever todos os casos que receberem da Polícia ou de outros investigadores. A revisão é um processo contínuo e os Promotores devem exigir prestação de contas de quaisquer mudanças nas circunstâncias relativas aos casos em andamento, inclusive que possam favorecer a defesa. Sempre que possível, eles deveriam conversar com os investigadores quando se cogitar de alterar a imputação inicial ou de arquivar um caso. Promotores e investigadores devem trabalhar de forma próxima, mas a responsabilidade final pela decisão sobre se um caso deveria ou não ir adiante é exclusiva do CPS.

Apesar de todos esses avanços, verifica-se que ainda hoje o Ministério Público inglês não tem poderes de investigação autônomos ordinários (v.g., de oitiva de testemunhas), devendo tomar sua decisão de acusação apenas sobre os elementos de informação recolhidos pela

²⁵⁹ Indicando que a Inglaterra possui a maior taxa de encarceramento da Europa, indicando as sérias críticas à não obediência ao devido processo legal: Darbyshire, 2008:159. Indicando a importação pela Inglaterra de estratégias político-criminais estadunidenses de tolerância zero, que tem sido limitadas apenas após a incorporação da CEDH através do *Human Rights Act* de 1998, v. Jones e Newburn, 2007.

²⁶⁰ Darbyshire, 2008:54. Isso é reforçado pela tradição da *Common Law* de ausência de obrigatoriedade de ação do policial diante do crime, mas sim de oportunidade, a qual tem sido endossada pelas cortes inglesas (Darbyshire, 2008:126).

Polícia. Há sérias críticas no sistema inglês sobre esse modelo, pois o Ministério Público se torna responsável por um juízo de probabilidade real de condenação com fundamento em informações que ele não colheu²⁶¹. Como afirma Cuadrado Salinas, é um mito afirmar-se que a investigação no sistema inglês seja adversarial, pois nem o Ministério Público nem a defesa têm instrumentos efetivos de obter diretamente elementos de prova²⁶². Essa falta de ingerência das futuras partes na investigação policial é um dos principais pontos de crítica do sistema inglês.

As experiências recentes do sistema inglês caminham para uma maior participação do Ministério Público na fase investigativa. Em 2000 foram criadas as primeiras experiências das *Criminal Justice Units* (CJU), um órgão de integração no qual trabalham policiais e integrantes do CPS, de forma que o CPS possa acompanhar a fase de investigação desde seu início para maximizar a eficiência da atuação de ambas as instituições²⁶³. Em 2006 iniciaram-se experiências em algumas regiões, nas quais, mesmo sem previsão legal expressa (mas também sem proibição legal expressa), o CPS está realizando investigações autônomas para confirmar o teor das investigações policiais, quando necessário, especialmente para assegurar que aquilo que a testemunha informou à Polícia será suficiente para assegurar a condenação em juízo²⁶⁴.

Essa cisão entre Polícia e Ministério Público é eventualmente superada com a criação de agências autônomas para atuarem em áreas de criminalidade específica. Existem 42 forças policiais ordinárias e ao lado delas há outras oito agências de Polícia especializadas por temas. A de maior destaque é a *Serious Organized Crime Agency* (SOCA), integrada por policiais e procuradores, que cumula as atribuições de investigar casos de crime organizado e de promover a ação penal respectiva²⁶⁵.

Finalmente, a autonomia de ação policial foi largamente mitigada pela criação, em 2004, de uma agência central de controle externo da atividade policial, o *Independent Police Complaints Commission* (IPCC), com o poder de investigar os crimes praticados por policiais e de

²⁶¹ Defendendo a tese de que o Ministério Público inglês deveria assumir a responsabilidade pela fase investigativa, v. Ashworth e Fionda, 1994:896.

²⁶² Cuadrado Salinas, 2010:138-148.

²⁶³ Cuadrado Salinas, 2010:70-79; Darbyshire, 2008:129; Verhage e Ponsaers, 2011:131.

²⁶⁴ Conferir a notícia em Cuadrado Salinas, 2010:306; Darbyshire, 2008:140; J. Jackson, 2011:154.

²⁶⁵ Darbyshire, 2008:127.

assegurar a adesão da Polícia aos padrões indicados nos códigos do PACE²⁶⁶. Ademais, a estruturação das Polícias em nível local e os fortes instrumentos de controle político, também em nível local, acabam por ser outro instrumento de controle da autonomia policial²⁶⁷.

3.1.6 Outras referências panorâmicas

O recente Código de Processo Penal Federal da **Suíça**, que entrou em vigor em janeiro de 2011, adotou o sistema da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público. Após ampla pesquisa sobre qual o sistema de investigação criminal mais eficiente, a Suíça concluiu que esse sistema era o de o Ministério Público dirigir a atividade de investigação. Conferir os artigos:

Art. 15 (2) A Polícia investiga as infrações por sua própria iniciativa, por denúncia de particulares ou de autoridades, bem como por ordem do Ministério Público; nesse quadro, ela está submetida à supervisão e às instruções do Ministério Público.

Art. 16 (1) O Ministério Público é responsável pelo exercício uniforme da ação pública. (2) Incumbe-lhe a condução da investigação preliminar, da persecução das infrações na fase da instrução e, conforme o caso, de formular a acusação e sustentá-la. (tradução nossa da versão original francesa)

Tanto a Polícia quanto o Ministério Público são considerados “autoridades de persecução penal” (CPP suíço, art. 12) e o “procedimento preliminar” é integrado tanto do procedimento de investigação policial quanto da instrução conduzida diretamente pelo Ministério Público (art. 299.1). Todavia, o art. 61, alínea “a”, estabelece que o Ministério Público é o responsável pela direção da fase das investigações, até a decisão de arquivamento ou de acusação, inclusive com poder de estabelecimento de multas no caso de inobservância de suas determinações (art. 64 do CPP suíço). Para as investigações policiais, é necessário que determinados policiais sejam especificamente habilitados pelo Ministério Público para realizar atos de investigação, sob mandato do *Parquet* (CPP suíço, art. 142). Quando houver um interrogatório realizado no âmbito policial, o investigado possui a faculdade de solicitar que seu defensor esteja presente e possa formular perguntas, bem como bem como poderá comunicar-se livremente com seu defensor, ainda que esteja preso (art. 159).

²⁶⁶ Ver comentários adiante, na subseção 5.2.2.

²⁶⁷ Sobre o controle comunitário, v. Vogler, 2004:182.

A Polícia possui autonomia de iniciativa para intimar pessoas a comparecerem e prestarem depoimento, ou para interrogar ou realizar identificação criminal de suspeitos, mas em caso de não comparecimento a expedição do mandado de condução coercitiva é privativa do Ministério Público (CPP suíço, art. 206). Em regra geral, as detenções e buscas domiciliárias dependerão de prévia determinação da autoridade responsável pela fase da persecução penal, mas em casos de urgência a Polícia poderá realizar uma detenção e apresentar imediatamente o detido à autoridade competente (sucessivamente Ministério Público e juiz) ou ainda realizar buscas domiciliárias (CPP suíço, art. 198, art. 210.1).

O relacionamento entre a Polícia suíça e o Ministério Público é denominado de “colaboração”, sendo que a polícia possui liberdade de iniciativa investigativa, com o dever de comunicar ao Ministério Público imediatamente os casos mais relevantes para que este acompanhe a investigação desde seu início ou eventualmente a avoque. Para os demais casos ordinários, há um dever de acompanhamento e direcionamento à distância das investigações pelo Ministério Público (CPP suíço, art. 307)²⁶⁸. Caso o Ministério Público avoque a investigação policial, sua investigação criminal direta é denominada de “instrução” (*instruction par le ministère public*), na qual será possível a realização direta dos atos ou sua delegação pontual à Polícia (CPP suíço, art. 308 *et seq.*). Em caso de arquivamento, é possível interposição de recurso perante o Procurador-Geral ou outro procurador de grau superior (CPP, art. 322).

Sobre referida alteração legislativa, comentam Borsodi e Ntah²⁶⁹:

Como consequência da introdução do modelo de investigação conduzida pelo Ministério Público na Suíça, todos os poderes de investigar e de acusar estão concentrados nas mãos do Ministério Público para se fortificar o papel do Ministério Público durante os procedimentos criminais. Portanto, o Ministério

²⁶⁸ Conferir a redação do referido art. 307 do CPP suíço (trad. nossa da versão original francesa): “[Capítulo 2 – Investigação policial] Art. 307 – Colaboração com o Ministério Público. (1) A Polícia informa sem retardo ao Ministério Público sobre as infrações graves e todos outros eventos sérios. Os Ministérios Públicos da Confederação e dos cantões podem editar diretivas sobre a obrigação de informar. (2) O Ministério Público pode em todo tempo expedir diretivas e delegar mandados à polícia, ou ainda avocar uma investigação. Nos casos indicados na alínea 1, o Ministério Público pode conduzir ele mesmo, na medida do possível, as primeiras oitivas importantes. (3) A Polícia deve estabelecer regularmente relatórios escritos sobre as medidas que ela executar e as constatações que fizer, transmitindo-as imediatamente após suas investigações ao Ministério Público, juntamente com as delações, os termos de oitiva e outras peças, bem como os objetos e os valores apreendidos. (4) Ela pode deixar de realizar a comunicação nas condições seguintes: (a) claramente não houver necessidade de realização de outros atos procedimentais pelo Ministério Público; (b) nenhuma medida constritiva ou outra medida de investigação formal tenha sido executada”.

²⁶⁹ Borsodi e Ntah, 2010.

Público não irá apenas monitorar e coordenar o trabalho da Polícia durante as fases de pré-investigação e investigação, mas também tomar todos os passos iniciais para o processo criminal. De acordo com o legislador, a vantagem de tal sistema está refletida na maior eficiência de se concentrar nas mãos de um único órgão a busca pela prova, a investigação e a acusação.

Essa tendência de protagonismo do Ministério Público na condução da fase investigativa também é constatado em outros países. Na **Bélgica**, apesar da tradição do juiz de instrução, estão sendo criadas bolsas de exceção para se permitir ao Ministério Público dirigir diretamente a investigação tendo a Polícia sob sua direção, ainda que também se reconheça uma alteração de paradigmas para se permitir maior autonomia de ação à Polícia nos estágios iniciais da investigação²⁷⁰. Também na **Holanda** o Promotor é o responsável legal pela condução das investigações criminais, sendo o “funcionário de investigação” mais importante (CPP holandês, art. 141), podendo então delegar suas atribuições aos seus secretários ou a policiais²⁷¹. Ele possui especial iniciativa autônoma para os casos de crime organizado, e nos demais casos fixa as linhas de investigação no início do inquérito, mas ainda assim na prática acaba deixando um espaço maior de liberdade de ação à Polícia. O papel do juiz de instrução holandês foi reduzido ao deferimento de medidas restritivas de direitos fundamentais.

Nos **EUA**, a investigação criminal não é concentrada em uma única instituição, ao contrário, há uma multiplicidade de agências de *Law Enforcement*, todas com poderes investigativos, que colaboram para o esclarecimento de crimes. Em regra, o *General Attorney* (Procurador-Geral) é chefe tanto dos Promotores de Justiça (*prosecutors* ou *district attorneys*) quanto da Polícia, de sorte que há uma íntima relação orgânica entre o Ministério Público e a Polícia, sendo que o Ministério Público dirige diretamente a investigação realizada pela Polícia. Nos estados em que o Ministério Público não dirige diretamente a investigação, há uma tendência de maior participação do Ministério Público no direcionamento da atividade policial²⁷². No plano federal e em cerca de metade dos estados, as investigações são realizadas perante o *Grand Jury*, que possui funções tanto de investigar quanto de formular a acusação (*indictment*), reconhecendo a doutrina americana que “a autoridade para investigar do *Grand Jury* continua a ser reconhecida como a maior ferramenta para se esclarecer o crime organizado e a corrupção governamental”²⁷³.

²⁷⁰ Cartuyvels, 2011. Sobre o papel tradicional do juiz de instrução na Bélgica, v. Pesquié, 2005:99-114.

²⁷¹ Verhage e Ponsaers, 2011:137.

²⁷² McDonald, 2011.

²⁷³ Kamisar *et al.*, 2002:653. Para uma visão geral do *Grand Jury*, ver Kamisar *et al.*, 2002:651-659.

Em síntese, nos EUA, quem acusa também tem poderes de investigar para exercer de forma apropriada sua função de decidir quanto à acusação e a função de investigar não é concentrada em uma única instituição.

No **Chile**, a reforma do Código de Processo Penal feita pela Lei n. 19.678/2000 aboliu o sistema do juiz de instrução e estabeleceu que o Ministério Público deve coordenar a atividade de investigação criminal. Dessa forma, o art. 3º do CPP chileno enuncia como um dos princípios básicos desse sistema:

Art. 3º. *Exclusividade da investigação criminal.* O Ministério Público dirigirá a investigação dos fatos que constituem crimes, os que determinarem a participação punível e os que implicarem na inocência do imputado, na forma prevista pela Constituição e pela lei.

Essa previsão é complementada pelo art. 79 do CPP chileno:

Art. 79. *Função da Polícia no processo penal.* A Polícia de Investigações do Chile será auxiliar do Ministério Público nas tarefas de investigação e deverá levar a cabo as diligências necessárias para cumprir os fins previstos nesse Código, em especial dos art. 180, 181 e 187, na conformidade com as instruções que lhes sejam dirigidas pelos membros do Ministério Público.

O art. 80 do referido código esclarece que, apesar de as autoridades policiais estarem submetidas à dependência hierárquica policial, estão subordinados funcionalmente ao Ministério Público, a que compete a direção e a responsabilidade da fase investigativa, não podendo questionar a procedência, conveniência e oportunidade da diretiva do Ministério Público. A eventual impossibilidade de cumprimento da ordem deve ser imediatamente comunicada ao Ministério Público (art. 82).

A polícia chilena possui liberdade de atuação para as diligências urgentes (art. 83), com o dever de realizar imediatamente a comunicação da notícia do fato ao Ministério Público (CPP chileno, art. 84). Além do poder de requisição de diligências em cada caso concreto, o Ministério Público chileno possui o poder de expedir “instruções gerais” destinadas a orientar em abstrato o trabalho policial para cada tipo específico de crime investigado (CPP, art. 87). O Ministério Público também poderá, a qualquer momento, requerer vista dos documentos relativos às atuações policiais (art. 88).

Na **Argentina**, cada província tem suas próprias regras processuais penais. No âmbito federal, apesar de a investigação ser realizada no sistema de juizado de instrução, o art. 196-bis do CPP federal argentino, introduzido por uma reforma da Ley n. 25.409/2001, prevê que, além da possibilidade geral de o juiz de instrução delegar a investigação ao Ministério Público, a investigação de crimes sem autoria certa, ou crimes de especial gravidade, será realizada, em regra, diretamente pelo Ministério Público, apenas se comunicando o juiz de instrução com a conclusão do sumário. O art. 106 desse código prevê que “O Ministério Público dirigirá a investigação dos delitos”.

O relacionamento de auxílio direto entre Polícia e Ministério Público na Argentina está expresso nos artigos 108, 109, 111 e 226.1, que por sua relevância merecem transcrição:

Art. 108. FUNÇÃO. A polícia de investigações, como auxiliar direto do Ministério Público e sob sua estrita direção e controle, investigará os delitos de ação pública e reunirá os elementos de prova úteis para dar base à acusação.

Art. 109. SUBORDINAÇÃO. Os funcionários e agentes de polícia de investigações deverão cumprir sempre as ordens do Ministério Público e as que, conforme estabelecido nesse Código, devam ser autorizadas pelos juízes. A autoridade administrativa não poderá revogar, alterar ou retardar uma ordem emitida pelo Ministério Público ou por juízes.

Art. 111. COORDENAÇÃO. O Ministério Público emitirá as instruções gerais necessárias a coordenar o trabalho da polícia de investigações e de outras forças de segurança federais, a fim de lograr maior eficácia na investigação dos delitos.

Art. 226. TRAMITE. Quando a notícia do crime [*denuncia*] for apresentada perante a Polícia, esta informará imediatamente ao Promotor de Justiça, que assume a direção da investigação e indicará as diligências que devam realizar-se.

Estabelece o art. 227 do referido código argentino que os agentes de polícia possuem o prazo de 5 dias para encaminhar ao Ministério Público cópia das diligências realizadas, podendo continuar de ofício os atos de investigação, conforme as instruções gerais expedidas pelo Ministério Público. Inclusive a instauração formal da investigação preparatória é um ato privativo do Ministério Público (CPP federal, art. 235), que deve ocorrer no prazo de até 15 dias após a recepção da notícia do crime enviada pela Polícia (art. 230). Fora do Sistema de Justiça federal, diversas províncias argentinas estabelecem que é o Ministério Público quem

dirige diretamente a fase das investigações criminais (Córdoba, Santiago del Estero, Tucumã e Buenos Aires)²⁷⁴.

No **México**, o art. 21.1 da Constituição prevê que “a investigação dos crimes compete ao Ministério Público e às Polícias, as quais atuarão sob a condução e mando daquele no exercício desta função” e ainda no art. 21.10 que “O Ministério Público e as instituições policiais dos três níveis de governo deverão coordenar-se entre si para cumprir os objetivos de segurança pública e constituirão o Sistema Nacional de Segurança Pública [...]”.

A Polícia é vista como órgão auxiliar do Ministério Público (CPP federal, art. 113). No exercício dessa função auxiliar, estabelece o art. 3º, inciso I, do CPP mexicano federal que as Polícias estão obrigadas a:

I - Receber as comunicações sobre fatos que possam ser constitutivos de delito, apenas quando devido às circunstâncias do caso aquelas não possam ser formuladas diretamente ao Ministério Público, ao qual as Polícias deverão informar imediatamente, bem como as diligências praticadas e deixarão de atuar quando este o determinar.

Apesar do dever de informar imediatamente ao Ministério Público, a Polícia mexicana poderá prosseguir na averiguação preliminar até orientação em sentido diverso pelo Ministério Público (CPP, art. 123-ter).

Em 2009, por inspiração do sistema americano (FBI), uma reforma alterou a nomenclatura da antiga Polícia Judiciária Federal para *Policía Federal Ministerial* (PFM), a qual é dirigida diretamente pelo Procurador-Geral da República. Essa polícia possui atuação especialmente em relação à corrupção e criminalidade organizada, e sua criação foi justificada pelo envolvimento de diversos policiais com o narcotráfico, violência policial e omissões²⁷⁵.

Nessa mesma linha, o Código-Modelo de processo penal para a América Latina, indica que a investigação conduzida pelo Ministério Público é o sistema preferente para o Continente. Na maioria dos países latino-americanos estão ocorrendo reformas para se atribuir a

²⁷⁴ Karc, 2004:82; Gómez Colomer, 1997:473.

²⁷⁵ Sabet, 2010.

direção da fase investigativa diretamente ao Ministério Público, bem como de se reconhecer um espaço de iniciativa autônoma às polícias²⁷⁶.

Finalmente, no nível da **justiça internacional** a solução não é diferente. Por exemplo, a atuação do Ministério Público perante o Tribunal Penal Internacional abrange a função de investigar os crimes e de formular a respectiva acusação (Estatuto de Roma, art. 15.1)²⁷⁷.

3.1.7 Análise crítica

A análise comparativa de sistemas legais pode ser importante para revelar categorias que são destacadas em um sistema e negligenciadas em outro, e que podem ser eventualmente uma inspiração para reformas em um sistema, ou ainda ser um alerta sobre caminhos pelos quais não se deve andar²⁷⁸. Segundo Vogler, o estudo de direito comparado em processo penal “demonstra claramente que há desenvolvimentos positivos e esperançosos em cada país e que problemas comuns estão atraindo soluções comuns”²⁷⁹. É possível perceber o surgimento de certas compreensões partilhadas sobre o correto balanceamento entre os interesses do Estado, da comunidade, do indivíduo, especificamente no âmbito da fase investigativa, que representam a depuração das diversas experiências positivas e negativas dos diversos países. É possível e preciso aprender com elas.

Verifica-se que há três linhas de estruturação do relacionamento da Polícia com o Sistema de Justiça: (i) sistemas de direção da investigação diretamente pelo Ministério Público (Portugal, Itália e Alemanha); (ii) sistemas de direção da investigação pelo juiz de instrução (França e Espanha); (iii) sistemas de maior independência da Polícia na condução das investigações (Inglaterra). Todavia, o estudo minucioso desses sistemas aponta claramente para tendência em nível europeu de se atribuir ao Ministério Público a titularidade da fase de investigação, em coordenação com a Polícia, tendo o Ministério Público uma função de

²⁷⁶ Malarino, 2004:148-153.

²⁷⁷ Soub, 2006.

²⁷⁸ Sobre a utilidade de estudos de direito comparado, ver Nelken, 2010. Sobre a influência de estratégias político-criminais de outros países na construção de políticas criminais nacionais (especificamente no contexto britânico), v. Jones e Newburn, 2007.

²⁷⁹ Vogler, 2008a:30.

orientação e supervisão superior, bem como de se preservar o juiz a uma função de árbitro independente²⁸⁰.

Identificou-se um consenso, especialmente nos sistemas europeus continentais, de que a Polícia não é a senhora da investigação, mas ela trabalha para os interesses dos órgãos da Justiça Criminal. Essa percepção é expressa na usual denominação das forças de investigação: Polícia Judiciária. Essa expressão sintetiza a ideia de que a Polícia de Investigação trabalha para os interesses do Sistema de Justiça e é guiada pelas diretrizes desse sistema. Todavia, também ficou claro que em todos os países há atritos entre a Polícia e o Ministério Público no exercício dessas funções de controle das investigações, podendo-se concluir que elas são relativamente “normais”.

Dos países estudados com maior profundidade, em Portugal, Itália e Alemanha o Ministério Público é o órgão do Sistema de Justiça encarregado da direção da atividade de investigação criminal, sob o auxílio da Polícia. Aliás, em Portugal, Itália e França, os integrantes do Ministério Público são considerados magistrados, ainda que em Portugal as duas carreiras de magistratura sejam distintas.

Nos países de tradição do sistema de juizado de instrução (França e Espanha), a Polícia é (ou era) dirigida pelo juiz de instrução. Todavia, a pesquisa de direito comparado indica claramente que mesmo nesses países estão sendo criadas bolsas de exceção para que o Ministério Público possa dirigir a investigação criminal nas situações mais ordinárias, de sorte que na França a atuação do juiz de instrução é residual em termos quantitativos, sendo o Ministério Público em regra o diretor da fase investigativa. Verificou-se que na França não há, em regra, juiz de instrução para os delitos (infrações penais com pena inferior a dez anos) e na Espanha no procedimento abreviado (infrações penais inferiores a nove anos)²⁸¹. Na própria França, berço histórico desse sistema, há fortes críticas à sua manutenção e reformas tendentes à sua abolição²⁸². Na Holanda e Portugal o juiz de instrução teve seu papel grandemente restrito, na

²⁸⁰ Asencio Mellado, 2010:21; Santin, 2007:298; Mathias, 2005.

²⁸¹ Para uma visão panorâmica da crise do juiz de instrução nos diversos países, ver França, Senado, 2009; Paes, 2010:462; Mauro, 2010. Especificamente sobre essa crise na França, ver Dalle, 2004.

²⁸² As críticas ao juiz de instrução se concentram em: (a) o papel do juiz de instrução não difere substancialmente do papel do Ministério Público, ou seja, de um investigador tendente à confirmação de uma hipótese acusatória; (b) o juiz que investiga decide sobre a restrição de direitos fundamentais, portanto com uma menor imparcialidade para tal decisão; (c) o juiz que investiga decide sobre a admissibilidade de enviar a julgamento o investigado, portanto

Alemanha e Itália foi abolido, na Suíça entrou em vigor em 2011 um CPP confederativo que suprimiu a figura do juiz de instrução, na Inglaterra nunca existiu tal figura.

Pode-se dizer que, em termos de tendência, o juiz de instrução é uma “espécie em extinção”, especialmente diante do fato de se concentrar na mesma pessoa os poderes de investigar e restringir direitos fundamentais²⁸³. Todavia, a efetiva abolição do juiz de instrução está relacionada com outras reformas necessárias nesses países, como a ausência de independência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo, que poderia comprometer a investigação de crimes relacionados com os interesses de altas autoridades, a diminuta regulamentação dos direitos da defesa fora da investigação conduzida pelo juiz de instrução, ou ainda questões de natureza administrativa e organizacional (como número suficiente de promotores)²⁸⁴.

Mesmo na Inglaterra, onde tradicionalmente a Polícia era a senhora absoluta da investigação e podia até mesmo formular a acusação em juízo, a tendência do movimento de reformas é de submeter a Polícia a maior controle diretivo pelo Ministério Público, especialmente após as reformas de 2006.

Essa tendência europeia está expressa na Recomendação REC(2000)19 do Conselho da Europa, sobre o papel do Ministério Público num sistema criminal, que estabelece a função do Ministério Público de exercer: (i) direção da atividade investigativa, (ii) fiscalização

com menor imparcialidade para essa decisão; (d) não raro os juízes de instrução passam a investigar fatos distantes do fato principal em nome da investigação *à décharge*, retardando de forma injustificada a conclusão da instrução, o que é um equívoco, pois além de se sacrificar a celeridade da justiça, o “produto final” probatório deveria ser reservado ao julgamento (Guéry, 2010:426). Saint-Pierre, 2001:428, sintetiza as críticas ao juiz de instrução: “abusos de poder repetidos, erros judiciais comprovados, comportamentos individuais inapropriados e, ademais, produtividade medíocre, e lentidão excessiva nos procedimentos”.

²⁸³ No Brasil, houve discussão sobre a possibilidade de se adotar o Juizado de Instrução, quando da Assembleia Constituinte, mas a proposta não foi aceita. Defendendo essa proposta, ver Lazzarini, 1999:174. Diante da experiência internacional, conclui-se que o Brasil andou bem em rejeitar a proposta. Na síntese de Malarino, 2004:128, “quanto mais próximo estiver o processo penal dos postulados de um sistema acusatório, maior participação terá o Ministério Público na direção das investigações”. Conforme Gómez Colomer, 1997:466, “a investigação por um juiz é uma instituição claramente inquisitiva, pelo que é incompatível com o processo penal próprio de um Estado de Direito”.

²⁸⁴ Sobre o problema da ausência de independência política do Ministério Público espanhol como risco de ineficiência na investigação ministerial de crimes “governamentais” e sua deficiente estrutura, v. Gómez Colomer, 1997:482-484; Martín Pastor, 2003:202. Argumentando a tendência de se atribuir independência aos integrantes do Ministério Público quando em atuação nas áreas de crime organizado e luta contra a corrupção: Espina Ramos, 2008:419. Segundo Mauro, 2010, comentando o sistema francês, essas garantias seriam a participação obrigatória do defensor no interrogatório na fase investigativa, gravação do interrogatório de presos, maior possibilidade de participação do advogado no acompanhamento das investigações.

continuada da adequação da atividade policial, e (iii) poder de promover a sanção de desvios policiais²⁸⁵.

Verifica-se certa convergência dos sistemas europeus continentais, de ampla subordinação da Polícia, e do sistema inglês, de ampla autonomia: ambos caminham (em passos distintos) para uma maior vinculação da Polícia ao Ministério Público, mas com o reconhecimento de um espaço de liberdade policial nos momentos iniciais após o crime.

Também é possível identificar uma diferenciação entre dois tipos de criminalidade: a ordinária e a criminalidade organizada. Para as situações de controle ordinário do crime, o fenômeno que se verifica é que apesar da tendência de direção da atividade policial pelo Ministério Público, há um largo espaço de atuação inicial pela Polícia que não é dirigido imediatamente pelo Ministério Público, permitindo-se à Polícia construir um quadro inicial de verossimilhança da notícia do crime (segundo diretrizes anteriormente expedidas pelo Ministério Público), intervindo o Ministério Público num segundo momento para complementar as informações recolhidas. Percebe-se claramente uma evolução da amplitude da iniciativa policial, antes de um mero domínio da primeira intervenção investigativa pelas Polícias, ordinariamente limitada pela cláusula de urgente necessidade, para um reconhecimento mais amplo de uma iniciativa própria de investigar até orientação diversa pelo Ministério Público²⁸⁶. E nas situações

²⁸⁵ Conferir a redação do item 22 da Recomendação REC (2000) 19, de 6 out. 2000, do Conselho da Europa, sobre o papel do Ministério Público num Sistema de Justiça Criminal, a qual estabelece que: “22. Nos países onde a Polícia está subordinada ao Ministério Público, ou onde as investigações policiais são conduzidas ou controladas por este, devem ser tomadas todas as medidas para garantir que o mesmo possa: (a) dar instruções adequadas à Polícia com vista a uma eficaz aplicação de prioridades relativas à política criminal, particularmente quanto a decidir sobre quais as categorias de processos a serem tratados em primeiro lugar, os meios usados para obtenção de provas, o pessoal utilizado, a duração das investigações, a informação a fornecer ao Ministério Público, *etc.* (b) em caso de pluralidade de órgãos de polícia criminal, atribuir a investigação do inquérito ao órgão de polícia que considere adequado. (c) efetuar avaliações e controles na medida em que se tornem necessários para assegurar o cumprimento de suas instruções e da lei; (d) sancionar ou fazer sancionar, conforme o caso, as eventuais infrações. 23. Os Estados onde a Polícia é independente do Ministério Público devem tomar todas as medidas para garantir que haja uma cooperação adequada e eficaz entre o Ministério Público e a Polícia”.

²⁸⁶ Nesse sentido: Malarino, 2004:150; Ambos, 2009:7. Esse último afirma ainda: “Para os casos de simplicidade fática e jurídica, é possível sustentar que tem sentido também, numa perspectiva prática, que a Polícia tenha uma ‘primeira investigação’ do assunto e que encaminhe as ‘atuações’ ao Ministério Público quando possa mostrar um resultado das investigações processualmente significativo, especialmente considerando-se que também nessa situação o Ministério Público conservar uma notável influência através de sua possibilidade de dispor diretamente de medidas e especialmente de concluir a investigação (§ 170, StPO)”, concluindo que o problema mais sensível aqui seria o controle da investigação da criminalidade organizada para a obtenção da notícia do crime; Ambos, 2009:14. Fazendo análise semelhante em Portugal, ver J. Almeida, 2001:47; Santiago, 2007:432; Calado, 2009:97-101; e A.G.L. Martins, 2004, este último argumentando que a direção efetiva das investigações pelo

de urgência (como o flagrante delito), até mesmo uma autorização para iniciar por autoridade própria restrições de direitos fundamentais, submetidos ao controle posterior pelo Sistema de Justiça²⁸⁷.

Todavia, para o paradigma do enfrentamento à criminalidade organizada, verifica-se uma tendência de maior interferência do Ministério Público na fase investigativa, seja por meio de um acompanhamento mais intenso das investigações policiais *ab initio*, especialmente por órgãos de articulação entre a Polícia e o Ministério Público que colocam-no na posição de órgão central de articulação da estratégia investigativa²⁸⁸. Algumas experiências chegam a deslocar membros do Ministério Público para trabalharem dentro das unidades policiais, como instrumento de aproximar o diálogo interinstitucional²⁸⁹. Em determinados casos mais relevantes, a investigação direta pelo Ministério Público é uma opção disponível e recorrente.

Em alguns sistemas verificou-se a tendência de se estabelecer a regra de comunicação imediata da notícia de crime ao Ministério Público²⁹⁰. Todavia, a posição do Ministério Público diante da notícia do crime varia de acordo com a complexidade da investigação. Essa tendência poderia ser assim expressa: (i) quanto mais simples o caso, mais se pode confiar numa delegação genérica de instruções à Polícia, com um acompanhamento posterior do resultado dessa investigação; (ii) quanto mais complexa ou relevante a investigação, mais é recomendável que o Ministério Público tenha uma ingerência mais ativa nas fases iniciais, logo após a obtenção da notícia do fato, podendo orientar a investigação *ab initio* e assegurar que o sucesso da ação penal não seja frustrado por um rumo eventualmente equivocado da investigação policial²⁹¹. Mesmo na primeira hipótese há uma preocupação em a Polícia não

Ministério Público ocorre em situações pontuais, e na maioria dos casos a Polícia possui o domínio material da investigação, com uma atividade de fiscalização processual *a posteriori* pelo Ministério Público.

²⁸⁷ Analisando o elemento “emergência” como caracterizados das atribuições próprias da Polícia, ainda que não lhe pertença em exclusividade, v. Mathias, 2005:485-488.

²⁸⁸ Roxin, 2007:35, afirma que, enquanto para a criminalidade ordinária o Ministério Público possui uma participação mais discreta, limitada às instruções gerais, “para os delitos financeiros, os delitos de governo, os crimes econômicos (exceto os crimes tributários), os delitos que afetam ao meio ambiente e em geral os feitos juridicamente complicados, o Ministério Público possui o controle completo da investigação em suas mãos”. Em sentido semelhante, na Espanha, v. Espina Ramos, 2008:417.

²⁸⁹ J. Almeida, 2011:63.

²⁹⁰ Realizando essa análise comparada no contexto da América Latina, ver Ambos, 2009:319; Gómez Colomer, 2004.

²⁹¹ Bruschi, 2002:335.

dispor, faticamente, da persecução penal, seja com uma omissão de comunicação ao Ministério Público (arquivamento sumário), seja com sua ineficiência investigativa numa situação em que seria possível o esclarecimento dos fatos, permitindo-se que o Ministério Público efetivamente tenha condições de controlar a fase investigativa²⁹².

Essa distinção passa pela análise do papel típico da Polícia (saber policial) e o papel típico do Ministério Público (saber jurídico). O saber adequado para condução dos primeiros momentos da fase investigativa não deve ser um saber jurídico e sim um saber policial, ligado ao conhecimento necessário para a compreensão do fenômeno criminoso (sociologia, psicologia, engenharia, análise de sistemas *etc.*) e suas formas de elucidação²⁹³. Todavia, após um esclarecimento inicial dos fatos (afastando-se as linhas de investigação claramente inviáveis), há um interesse direto de que o órgão que irá se responsabilizar em juízo pela acusação direcione quais provas serão relevantes para sustentar a acusação em juízo.

Apesar da tendência de Ministério Público e Polícia continuarem a ser instituições distintas, com uma exceção tópica na experiência italiana de se lotarem policiais dentro da estrutura do Ministério Público, há também uma tendência de se criar mecanismos para permitir ao Ministério Público direcionar a fase investigativa, numa relação de dependência funcional entre ambos. O fato de, no sistema francês, permitir-se o contato direto do Ministério Público com o agente que investiga o caso concreto, através de contatos telefônicos periódicos (*traitement en temps réel*), ou a criação das Unidades de Justiça Criminal na Inglaterra, são exemplos dessa aproximação quase orgânica.

Ainda que o funcionamento prático de muitos sistemas acabe por conferir às Polícias uma ampla margem de liberdade na condução da fase inicial de investigação, sendo os poderes de controle do Ministério Público mais formais que operativos, o estabelecimento claro dos papéis de cada uma das instituições acaba funcionando como um fator de prevenção de conflitos, já que numa situação de crise prevalece o poder de direção do Ministério Público²⁹⁴.

²⁹² Indicando tal preocupação v. Mathias, 2005:496.

²⁹³ A.T. Costa, 2010:235.

²⁹⁴ Na expressão de Mouhanna, 2001:25, o poder de controle do Ministério Público francês sobre a Polícia é uma “arma com uma única bala”, que o Ministério Público hesita em utilizar, e usa apenas em casos de crise manifesta, pois o Ministério Público precisa da Polícia para as investigações.

O grande desafio dos diversos países tem sido conciliar independência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo, com uniformidade na execução da política criminal e prestação de contas pelo exercício dessas atribuições. É por esse motivo, por exemplo, que a França ainda mantém o juiz de instrução, como uma válvula de escape para as investigações sujeitas a possível influência do poder político. Aliás, o fato de se retirar do juiz de instrução francês o poder de restringir direitos (com a criação do juiz das liberdades) acaba aproximando o juiz de instrução à lógica de um magistrado independente que conduz a investigação e ao final decide sobre a acusação, o que é funcionalmente equiparável à atuação de um Ministério Público independente e investigador²⁹⁵.

Toda essa análise não passa ao largo de outra, igualmente relevante: a necessidade de uma minuciosa regulamentação dos direitos da defesa já no âmbito das investigações preliminares, e a necessidade de reserva de jurisdição para as medidas investigativas restritivas de direitos fundamentais.

Essa análise dos sistemas processuais penais estrangeiros lançam luz sobre a problemática da relação entre Ministério Público e Polícia no sistema brasileiro. Com efeito, há tratados internacionais de direitos humanos com aplicações diretas à fase investigativas que são formalmente idênticos entre o Brasil e os países estudados (especialmente a CEDH e a CADH), de forma que as soluções convergentes nos sistemas europeus são de alta relevância para um reenquadramento das soluções brasileiras, à luz dos mesmos princípios. Especialmente quando se considera que a tradição da cultura jurídica brasileira está fortemente ligada aos modelos do sistema europeu continental, seja pela apropriação de categorias do direito português após a independência brasileira no século XIX, seja pela forte influência dos imigrantes italianos (e seu direito) nas reformas processuais no século XX²⁹⁶.

Polícia e Justiça são instituições com um assentamento secular de suas atribuições, sendo natural que as novas atribuições do Ministério Público, reforçadas com a

²⁹⁵ Propondo solução semelhante na Espanha, de investigador como magistratura independente e um outro magistrado para decidir sobre a restrição de direitos na fase investigativa, v. Villegas Fernández, 2012:204.

²⁹⁶ Sobre a influência recíproca da cultura jurídica portuguesa no Brasil durante o século XIX, v. Neder, 2000. A influência italiana durante o século XX está evidente pela inspiração do CPP de 1941 no CPP fascista italiano e pela larga influência de Liebman no processo civil e penal após sua chegada ao Brasil em 1940. De forma mais ampla, sobre a influência portuguesa e espanhola (e por via destas, da alemã), na teoria constitucional brasileira, v.

CRFB/1988, eventualmente gerem conflitos e questionamentos. É verdade que no Brasil já havia uma intervenção do Ministério Público no acompanhamento do inquérito policial desde o CPP de 1941, mas com atribuições muito tímidas, não sendo exagero indicar que ele se limitava a analisar os IPs que lhe eram remetidos com o relatório de conclusão pela autoridade policial. Nesse contexto, ele era um verdadeiro convidado discreto na fase investigativa. Todavia, a CRFB/1988 colocou entre a Polícia e a Justiça um novo Ministério Público, com atribuições alargadas de controlar externamente a atividade policial e promover privativamente a ação penal. Essa “nova” instituição naturalmente demandou alguns anos de amadurecimento e ainda está em construção.

O estudo de direito comparado evidencia os seguintes pontos relevantes no relacionamento da Polícia com o Ministério Público: (i) a Polícia não pode ser senhora absoluta da fase investigativa, pois a investigação é realizada no interesse de subsidiar a futura ação penal (ou a decisão de arquivamento das investigações); (ii) há uma clara tendência em se atribuir ao Ministério Público a direção da fase investigativa, através do direcionamento a distância das linhas de investigação a serem seguidas e da indicação das diligências necessárias ao exercício da ação penal; (iii) apesar dessa tendência, também se reconhece um certo espaço de liberdade à Polícia nos momentos iniciais após a prática do crime, relacionado ao “saber policial”; (iv) há um interesse especial do Ministério Público em acompanhar as comunicações de notícias de crimes que não geram instauração de investigação. Analisemos as atribuições do Ministério Público brasileiro à luz dessas linhas evidenciadas pelo estudo de direito comparado.

3.2 A estrutura constitucional da fase investigativa

3.2.1 A relevância constitucional do controle externo da investigação policial pelo Ministério Público

Vimos anteriormente que o Ministério Público é perspectivado no sistema constitucional brasileiro como uma verdadeira instituição de garantia dos direitos fundamentais. Importa analisar a relevância da atuação do Ministério Público para o controle externo da atividade policial.

Cittadino, 2000. Há ainda a inegável influência dos códigos napoleônicos em todo o sistema europeu continental e, por reflexo, também no Brasil.

O controle externo da atividade policial está genericamente previsto no art. 129, VII, da CRFB/1988, com uma referência ao anterior inciso VI, que prevê a possibilidade de o Ministério Público realizar atos de investigação (como expedir notificações ou requisitar documentos) nos procedimentos de sua competência. Segundo a Constituição o controle externo deve ser regulamentado por lei complementar.

A Lei Complementar de referência é a LC n. 75/1993, que trata do MPU. A finalidade do controle externo da atividade policial vem delineada no art. 3º da LC n. 75/1993. Tais objetivos são o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e aos direitos fundamentais, a preservação da ordem pública, a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder, a indisponibilidade da persecução penal e a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

As ferramentas específicas de atuação do Ministério Público no exercício do controle externo da atividade policial estão disciplinadas na LC n. 75/1993, 9º, que prevê o livre ingresso em estabelecimentos policiais, acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial, a possibilidade de representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder, poder de requisição à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial e ainda promover a ação penal por abuso de poder. O dispositivo indica que o exercício do controle externo pode ocorrer por medidas judiciais ou extrajudiciais.

Também é expressamente previsto como prerrogativa de controle externo da atividade policial a obrigação de que a prisão de toda pessoa seja imediatamente comunicada ao Ministério Público (art. 10). A LC n. 75/1993 ainda possui outros dispositivos relativos às funções genéricas do Ministério Público, que se aplicam subsidiariamente às referidas normas de controle externo, como a possibilidade de o Ministério Público requisitar instauração de IP ou de diligências investigativas à Polícia e acompanhá-las pessoalmente (art. 7º, II), instaurar procedimentos de investigação próprios para exercer suas atribuições, ter livre acesso a repartições públicas, ter livre acesso a informações constantes de repartições públicas, sem possibilidade de impor-se-lhe sigilo, e requisitar auxílio de força policial (art. 8º), bem como a possibilidade de expedição de recomendações para melhoria dos serviços públicos (art. 6º, XX).

O tema não é disciplinado pela LONMP, a qual, todavia, remete à regulamentação da LC n. 75/1993 (v. art. 80 da Lei n. 8.625/1993), a qual tem, assim, plena eficácia para todo o Ministério Público brasileiro.

Além desses diplomas legais, o controle externo da atividade policial também está regulamentado pela Resolução n. 20/2007 do CNMP, que sistematiza o exercício das prerrogativas legais em uma atuação profissional²⁹⁷.

Apesar das várias finalidades indicadas no art. 3º da LC n. 75/1993, parece-nos que o exercício do controle da atividade policial pelo Ministério Público pode ser sintetizado em dois fundamentos: a titularidade da ação penal (garantia de eficiência) e a sua função mais geral decorrente da obrigação constitucional de o Ministério Público fiscalizar a legalidade e proteger o sistema de direitos fundamentais (garantia contra abusos)²⁹⁸. Analisemos esses dois fundamentos.

3.2.1.1 Titularidade da ação penal (garantia de eficiência)

Um dos aspectos mais relevantes da realização do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público é a sua decorrência lógica da titularidade da ação penal.

O princípio acusatório (separação entre as funções de acusar e julgar) é uma garantia de imparcialidade do julgamento, no sentido de que o juiz não deve intervir nas atividades de acusação, antes deve reservar-se a uma posição de imparcialidade para receber a acusação e julgá-la com isenção²⁹⁹.

²⁹⁷ Aprofundaremos a análise do controle extra-processual, regulamentado nessa resolução, adiante, no cap. 5. Vale registrar que a constitucionalidade da referida Resolução foi questionada pela OAB perante o STF, na ADIn 4220, sendo que inicialmente o Min. Eros Grau (DJe 4 ago. 2009) indeferiu seguimento à ação por entender que a norma regulamentar apenas explicita e sistematiza as previsões legais já constantes da LC n. 75/93 e que não seria cabível ADIN para questionar mero ato regulamentar. Todavia, posteriormente, o Min. Luiz Fux (DJ-e 2 fev. 2012) deu provimento no agravo regimental para levar a questão ao Plenário, superando essa questão preliminar. Assim, a questão está pendente de apreciação perante o STF (que não sustou a eficácia do ato normativo). Ver ainda a ADIN 4271, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL (que dirige-se sobre as prerrogativas de investigação previstas em lei, e por arrasto a Resolução do CNMP).

²⁹⁸ Santin, 2007:79, correlaciona os cinco incisos do art. 3º da LC n. 75/1993 a cinco finalidades: “(1) respeito à democracia e princípios constitucionais; (2) segurança pública; (3) correccional; (4) indisponibilidade da ação penal; (5) preservação da competência dos órgãos de segurança pública”. Ainda assim, cremos que a lógica do controle externo pode ser reconduzida à lógica de ser o Ministério Público *custos legis* da eficiência e contra arbitrariedades.

²⁹⁹ A separação entre as funções de acusar e julgar já fora destacada como essencial à justiça penal por Beccaria, 2009:67 (§ III). Sobre a relevância desse princípio no direito português, ver J.F. Dias, 2004:136-147, o qual

Como visto, uma das finalidades do controle externo da atividade policial é assegurar a “indisponibilidade da ação penal” (LC n. 75/1993, art. 3º, “d”). Isso significa que a titularidade da ação penal pelo Ministério Público já projeta efeitos de controle sobre a fase da investigação criminal pela Polícia. Assim, se ao Ministério Público incumbe ajuizar a ação penal, então daí decorre duas consequências: nenhum outro órgão deve ter a competência de dispor sobre o exercício da ação penal pública, de forma a subtrair a atribuição constitucional do Ministério Público, e o Ministério Público deve ter condições para exercer de forma eficiente essa competência constitucional³⁰⁰.

Assim, a direção da atividade investigativa é uma consequência lógica da titularidade da ação penal. Trata-se de uma competência constitucional implícita complementar, as quais, conforme lição de Canotilho, são³⁰¹:

[...] enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação da decisão) [...]

O controle pelo Ministério Público do inquérito deriva da finalidade do inquérito em si mesmo: instrumento de averiguação da prática ou não de um crime, destinado a fundamentar uma decisão de promoção ou não da ação penal. O inquérito não é autorreferencial, há uma “vinculação teleológica do inquérito como complexo de atos”³⁰² consistente em recolher os elementos necessários para sustentar a propositura da ação penal, pois é requisito de admissibilidade da acusação a existência de indícios suficientes³⁰³. O inquérito é um

ressalta como características desse princípio: impossibilidade de o tribunal iniciar uma investigação, a acusação é pressuposto da atividade jurisdicional, a acusação delimita o objeto do processo e sua atividade de cognição, é vedado ao juiz ordenar ao Ministério Público que deduza uma acusação ou modificar por iniciativa própria os fatos submetidos a julgamento. Em sentido semelhante, no Brasil, ver Prado, 2005; E.C. Silva, 2010.

³⁰⁰ Indicando esses dois aspectos, ver J.M.D. Cunha, 1993:107. Segundo J.M.D. Cunha (1993:212): “Assim, o inquérito (ou a sua direção) é um verdadeiro pressuposto da competência de dedução da acusação. Por isso, direção do inquérito e acusação constituem, funcionalmente, uma incindível unidade [...]”. Também Mesquita, 2003:28, destaca que “nos sistemas de estrutura acusatória a atividade cognitiva na fase pré-acusatória é, por regra, da responsabilidade do titular da ação penal”. Acentuando a importância da fiscalização do Ministério Público quanto ao princípio da obrigatoriedade do início da investigação criminal no sistema brasileiro, ver Lemos Jr., 2005:191; S.R. Souza e W. Silva, 2010:76-81.

³⁰¹ Canotilho, 2003:549.

³⁰² Mesquita, 2003:78.

³⁰³ O conceito se tornaria incompleto se não fosse incluída também a finalidade de justificar a aplicação de medidas de diversão processual: em Portugal o arquivamento em caso de dispensa de pena, a suspensão provisória da pena ou os procedimentos especiais e, no Brasil, a transação penal ou suspensão condicional do processo. Mas seria

“procedimento para a acusação”³⁰⁴. Por isso o controle da instauração do inquérito é tão relevante, pois o inquérito visa investigar fatos, esses fatos devem ter necessariamente uma relevância jurídica (a ser avaliada tanto no início como no decurso das investigações) e, portanto, o controle da relevância jurídica dos fatos é uma atribuição inerente à titularidade da ação penal³⁰⁵.

Se para tomar uma determinada decisão o membro do Ministério Público entende que determinados fatos são relevantes, há implícito no texto constitucional que lhe atribui a função de exercer a ação penal a faculdade de poder ter acesso a tais informações para formar sua decisão, seja mediante a requisição da realização da diligência à Polícia, seja mediante o contato direto com o meio de prova mediante investigação própria. Como lembra Backes, a possibilidade de o Ministério Público realizar investigações diretas para complementar o material probatório produzido pela Polícia é essencial para que o titular da decisão tenha a confiança no acerto de suas premissas, quando houver razões para exigirem tais confirmações³⁰⁶. Não se descarta que a Polícia possui uma relevante atuação na determinação do objeto do processo, na medida em que investiga as notícias de crimes, mas o objeto dessa atividade é indisponível para as autoridades policiais³⁰⁷. Caso a Polícia tivesse a titularidade de decidir quais possíveis notícias de crimes são relevantes para serem comunicadas ao Ministério Público, estar-se-ia em termos práticos criando um filtro preventivo à atividade do Ministério Público por um órgão que não é independente, com clara redução do paradigma constitucional de titularidade da ação penal³⁰⁸. Ainda quando a Polícia investiga as notícias de crimes (que são, em verdade, a esmagadora

completado caso se considerasse que essas formas de solução do caso penal também são uma forma de exercício do direito de ação penal, todavia não tendente à aplicação de pena privativa de liberdade (exceção ao arquivamento por dispensa de pena, que claramente não envolve exercício do direito de ação). Sobre o tema ver Mesquita, 2003:79.

³⁰⁴ Mesquita, 2004:125-6. Também ligando a ideia de controle externo com a titularidade da ação penal, ver Moura, 2009:83: “da parte da Polícia, acho fundamental que se obtenha uma cultura diferente, e essa cultura diferente passa pela interiorização da ideia de que, no processo, do ponto de vista funcional, a Polícia está sujeita a um *controle externo* à própria Polícia. Ou, noutra perspectiva, a ideia de que o que a Polícia faz ou é para o MP ou não serve para mais ninguém. Pelo menos, obviamente, no domínio da repressão penal” (grifo nosso). Essa visão de que o trabalho da Polícia é destinado ao Ministério Público não é desconhecido da doutrina brasileira, conforme lição de Tourinho Filho, 2001:46: “o inquérito visa à apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la”. E no mesmo sentido Mossin, 1998:169, ao asseverar que a finalidade do inquérito policial é ser “um instrumento preparatório da denúncia ou queixa”.

³⁰⁵ R. Carmo, 2004:123.

³⁰⁶ Backes, 1989:74.

³⁰⁷ Valente, 2009b:195.

³⁰⁸ Nesse sentido, argumentado sobre o tema na Itália, ver Andronio, 2009:292.

maioria dos casos), há um interesse para o Ministério Público de assegurar “a superação das falhas de produção probatória, inclusive técnicas” (cf. art. 2º, VI, da Resolução n. 20/2007 do CNMP). Há determinados equívocos na fase investigativa que serão raramente compensados posteriormente³⁰⁹. Especialmente em casos de maior complexidade, apenas o Ministério Público sabe quais outras informações investigativas são essenciais para se assegurar o sucesso da futura ação penal, pois é ele quem se responsabiliza em juízo pelo sucesso da demanda e, nessa medida, sua intervenção é uma garantia de eficiência da atividade investigativa.

O controle da direção visa também evitar desvios no rumo das investigações, devendo o Ministério Público assegurar também que se investiguem as informações que podem ter relevância para possíveis teses defensivas (obrigação de investigar a *charge et à décharge*)³¹⁰. Portanto, o princípio constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público impõe uma necessária aproximação do Ministério Público da condução da investigação criminal³¹¹.

Além da perspectiva do controle em razão da titularidade da ação penal, o controle da atividade policial tem a perspectiva de ser uma garantia de fiscalização de toda a atividade de segurança pública. Essa visão tem assento no reconhecimento de que a eficiência da segurança pública não é um valor indiferente à Constituição, mas decorre da estrutura inerente ao Estado Social, no qual a segurança pública também é um serviço a ser prestado pelo Estado e que deve ser corretamente fiscalizado para ser eficiente³¹². Decorre do reconhecimento de que há uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que exige sua maximização mesmo sem a identificação de possíveis titulares individualizados, com as respectivas garantias constitucionais dessa maximização³¹³. Nessa perspectiva a eficiência de toda atividade de segurança pública está subordinada à fiscalização pelo Ministério Público, com uma postura ativa para sua constante elevação, nos termos do art. 3º, “b”, da LC n. 75/1993.

³⁰⁹ Hünerfeld, 1985:123.

³¹⁰ Indicando essa função de fiscalização pelo Ministério Público: Gössel, 1996:631.

³¹¹ Santin, 2007:285. Indicando que a direção da investigação pelo Ministério Público é uma forma de controle da atividade policial, v. Malarino, 2004:131.

³¹² Ver comentários acima, subseção 2.1.3.

³¹³ Para essa identificação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o dever de proteção penal, ver nosso estudo: Ávila, 2007:44-70. Ver ainda comentários supra no item 2.2.2.5.

Há aqui uma diferença entre a justificação constitucional do controle da atividade policial, seja ela, de um lado, de investigação criminal, prevenção criminal, ou inteligência criminal, ou por outro lado apenas das atividades de manutenção da ordem pública, prevenção de riscos sociais em geral e ainda de gestão de crises. No primeiro grupo constam atividades que estão diretamente relacionadas com a titularidade da ação penal pelo Ministério Público, portanto seu poder de controle está diretamente relacionado à fiscalização da eficiência na provisão de informações relevantes para o exercício da ação penal, e em uma atuação integrada no âmbito da persecução criminal³¹⁴. No outro lado, estão atividades ligadas à segurança cidadã que não necessariamente envolvem a ocorrência de um crime, mas sim de perigos gerais da vida social, em relação às quais o Estado também tem uma responsabilidade de prover a segurança pública. Para esse segundo grupo de atividades policiais, a justificativa da atuação do Ministério Público no controle externo não está ligada à titularidade da ação penal, mas à sua estrutura constitucional de grande *Ombudsman* social para a efetividade dos direitos fundamentais, perspectivando-se a realização do dever de proteção do Estado na esfera da segurança pública como um imperativo constitucional que exige intervenção fiscalizatória do Ministério Público para que não desnature em palco de arbitrariedades³¹⁵.

Enquanto no âmbito do primeiro grupo, que parte da premissa da existência de um problema criminal (de um crime praticado ou de possível prática), o controle externo está ligado com a ideia de direção à distância, de integração numa atividade dirigida à finalidade de proporcionar uma decisão pelo Ministério Público, na atividade de policiamento ostensivo o controle está ligado à ideia de fiscalização em geral dos serviços públicos, numa área considerada especialmente sensível para a efetividade dos direitos fundamentais e que apenas de forma reflexa e eventual terá repercussões criminais³¹⁶. Mesmo no âmbito do primeiro grupo, a direção

³¹⁴ Assim, reconduzindo a fiscalização da atividade da Polícia Militar de policiamento ostensivo na ideia de titularidade da ação penal, por ser a prevenção uma fase logicamente antecedente da investigação, com íntimas interligações, ver Rangel, 2009:95; Guimarães, 2008:80. Sobre a ligação entre titularidade da persecução penal e o controle externo, ver lição de Mazzilli, 2008:140: “intentou o constituinte criar um sistema de fiscalização, vigilância ou verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta dos elementos de convicção destinados a formar a *opinio delictis* do promotor de justiça, fim último do inquérito policial. Assim, nas atividades de polícia judiciária, na apuração das infrações penais, na repressão e prevenção criminais, matérias que sem dúvida interessam aos misteres institucionais do Ministério Público, deverá haver o necessário controle”.

³¹⁵ D.C. Ribeiro, 2003:321.

³¹⁶ É verdade que a doutrina brasileira, num primeiro momento após a CRFB/1988, hesitou em admitir ao Ministério Público o exercício dessa função de fiscalização constante do padrão de atuação policial (ou de “corregedor de polícia”, como a denominou Jardim, 2005:326), especialmente diante da dificuldade de estrutura do Ministério Público para tanto. Mas, como lembra Guimarães, 2008:81, a apuração do crime de abuso de autoridade praticado

do Ministério Público numa situação concreta de investigação criminal, através da requisição de diligências, é mais forte e cogente do que no nível mais abstrato das atividades de prevenção criminal, que indicam recomendações de atuação menos cogentes, diante do poder de iniciativa próprio da Polícia para tais atividades³¹⁷.

Reconhece-se assim, que do ponto de vista social o inquérito tem uma função de pacificação, na medida em que o fato de um crime estar sendo investigado reforça a confiança das pessoas no funcionamento do sistema penal e, nessa medida, reforça a consciência de vigência da norma (que será finalmente confirmada com a condenação)³¹⁸. Obviamente, essa função de reforçar a confiança no sistema de Justiça não é uma função exclusiva do inquérito, mas de todo o sistema de Justiça criminal, de sorte que o inquérito, como uma parte desse sistema, também comunga dessa parcela de função social³¹⁹. Nessa perspectiva, uma descrença generalizada na eficiência da investigação policial corroeria as bases do estado democrático, representada pela confiança no Estado, de sorte que o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público é uma forma de se promover a defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Todavia, reforce-se que do ponto de vista estritamente processual, há uma interdependência e complementaridade entre a atividade de investigar e de acusar, de sorte que a investigação se justifica como um instrumento para se chegar à decisão sobre o exercício do direito de ação e, nessa medida, a fiscalização da eficiência da atividade policial é diretamente ligada ao interesse processual do Ministério Público.

por policial também é uma forma de exercício de controle externo da atividade policial, sendo recomendável que ele se realize de forma concentrada para permitir sua maior eficiência. Ambos, 2009:306, utiliza a expressão “controle da atividade policial” para referir-se tanto à direção da atividade investigativa quanto à possibilidade de fiscalização continuada de eventuais desvios policiais.

³¹⁷ Indicando essa distinção de grau entre a direção do Ministério Público para as atividades de investigação criminal e de prevenção criminal, na Alemanha, ver Roxin, 2000:70.

³¹⁸ Sobre a função social de pacificação do processo, ver Dinamarco, 2000:266-7. Destacando especificamente a função de prevenção geral de uma investigação eficiente como apta a gerar um sentimento de receio quanto à provável responsabilização, que previne a prática de delitos, ver Valente, 2009b:103. Segundo Zipf, 1979:130, a ausência de uma tutela penal efetiva favorece a tendência de fortalecimento de instâncias extra-estatais de penalização (como, *e.g.*, grupos de extermínio), a quebra de confiança na tutela jurídica eficaz, e o fomento das tendências de autodefesa. Como registra J.F. Dias, 2004:43-45, a segurança contra arbitrariedades também é um fim do processo, ao lado da descoberta da verdade e da aplicação da justiça, a ser ponderado com a eficiência.

³¹⁹ Certamente essa função social do inquérito seja acentuada pelo fato de a Polícia ser o *first-line enforcer* da lei criminal (J.F. Dias e Andrade, 1997:443), incrementando a visibilidade do inquérito como instrumento de controle social. Segundo G.M. Santos, 2002:111, “o processo penal [é] uma forma de conformação do sentido ético da coletividade e dos cidadãos nele intervenientes”.

Em Portugal, a doutrina e jurisprudência entendem que a direção do inquérito pelo Ministério Público é uma decorrência do sistema constitucional, em especial da titularidade da ação penal (CRP, art. 219.1) e da estrutura acusatória do processo penal (art. 32.5)³²⁰. Em verdade, a maioria da doutrina portuguesa entende que o domínio das investigações pelo Ministério Público é a única opção admissível com o sistema constitucional, que lhe assegura a titularidade da ação penal e a estrutura acusatória do processo penal³²¹.

No Brasil, apesar de o CPP disciplinar a titularidade da condução do inquérito policial como pertencente à Polícia (o próprio nome o indica), estabeleceu a Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, incisos I e VII, duas normas relevantes no âmbito desse estudo. O primeiro inciso referido estabelece que é atribuição do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. A partir desse dispositivo a doutrina extrai o princípio acusatório, segundo o qual deve haver uma separação das funções de acusar e julgar, de forma que não cabe ao juiz promover a ação penal (seja dando-lhe início, seja também investigando). Além de um divisor de funções entre o Ministério Público e o juiz, o princípio acusatório também é um divisor de funções entre o Ministério Público e a Polícia: a titularidade da ação penal não pode pertencer à Polícia, mas exclusivamente ao Ministério Público. Assim, ainda que no âmbito do CPP a investigação seja formalmente conduzida pela Polícia, a titularidade da ação penal confere legitimidade ao Ministério Público para supervisionar as atividades investigativas e corrigir os eventuais desvios praticados. Para assegurar essa supervisão, estabeleceu o inciso VII do art. 129 da CRFB que é atribuição do Ministério Público “exercer o controle externo da atividade policial”, na forma da lei complementar respectiva³²².

³²⁰ Quanto o Tribunal Constitucional português realizou o controle preventivo de constitucionalidade sobre o DL n. 78/1987 (o atual Código de Processo Penal), no acórdão TC n. 07/1987, considerou que o controle do inquérito pelo Ministério Público era constitucional por derivar da titularidade da ação penal, cf. art. 224.1 da CRP, em especial porque não colidia com o art. 32.4 (que exige que toda instrução seja conduzida por um juiz), tendo reafirmado esse entendimento após a segunda revisão constitucional no acórdão TC n. 23/1990. Ver Carmo, 2004:113. De ver-se, como lembra Moura, 2009:77, que esse modelo de o procurador ser o titular da investigação está em expansão na Europa, tanto que foi acolhido na estrutura do TPI (no Estatuto de Roma).

³²¹ Nesse sentido: J.F. Dias, 1988:12; A.M. Rodrigues, 1988:62; Moura, 1988:105; Mesquita, 2003:154-163; Santiago, 2007:430. Registre-se a posição minoritária de G.M. Silva, 1990:88, que admite que a Constituição permitiria outras repartições de competências entre Ministério Público e Polícia na fase investigatória (tanto que esse autor defendia inicialmente a necessidade de juizado de instrução diante da redação ante o disposto no art. 32.4 da CRP).

³²² Sobre o controle externo da atividade policial, remetemos ao conceito de proposto por Guimarães, 2008:80, para o qual: “[...] o controle externo da atividade policial deve ser compreendido como esse conjunto de normas que regulam a fiscalização exercida pelo Ministério Público em relação à Polícia, na prevenção, apuração e investigação de fatos tidos como criminosos, na preservação dos direitos e garantias constitucionais dos presos

Essa atribuição do exercício do controle externo possui tanto a finalidade de assegurar a eficiência da investigação, dando concretização à sua titularidade da ação penal, como também tem a perspectiva de ser uma garantia do cidadão contra eventuais arbitrariedades praticadas no âmbito policial, atuando como fiscal da ordem jurídica e da defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis (atribuições suas previstas no art. 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988). Portanto, controle possui o sentido de comando, domínio, direção, governo e fiscalização³²³. Reforçando essa correlação entre controle externo da atividade policial e titularidade da ação penal, estabelece o art. 3º, “d”, da LC n. 75/1993, que o controle externo da atividade policial deve ser exercido tendo em vista a indisponibilidade da ação penal.

Assim, nota-se a imensa similitude entre os regramentos constitucionais de Brasil e Portugal: em ambos, reconhece-se a titularidade exclusiva do Ministério Público para a ação penal pública e reconhece-se uma estrutura acusatória de processo penal. Essa semelhança permite em grande medida aproveitar as lições portuguesas sobre a posição constitucional das Polícias e do Ministério Público na fase das investigações.

3.2.1.2 Fiscalização da legalidade (garantia contra arbitrariedades)

Como relembra Ambos, na inquisição medieval era comum que os funcionários de polícia monopolizassem a fase investigativa e entregasse o caso já “resolvido” ao tribunal para julgamento, de sorte que a criação do Ministério Público (ao menos na Alemanha) está diretamente relacionada com a necessidade de se controlar também a fase investigativa, para se evitar o risco de arbitrariedades que (desde sempre) está ligado à fase investigativa³²⁴. Em sua síntese, “a luta do Ministério Público pelo controle da Polícia é tão antiga quanto a própria instituição”³²⁵.

que estejam sob responsabilidade das autoridades policiais e na fiscalização do cumprimento das determinações judiciais.”

³²³ Nesse sentido, realizando um estudo sobre o sentido da utilização das expressões controle na CRFB e concluindo pela utilização do vocábulo com esses significados, ver D.C. Ribeiro, 2003:183-186.

³²⁴ Ambos, 2009:9; Gössel, 1996:612-613; Hassemer, 1998:30. De forma mais ampla, afirma Mathias, 2005:502: “Em todo lugar, de fato, o Ministério Público foi criado, ou teve seus poderes modificados, como uma resposta à necessidade de introduzir ou de fortalecer as garantias de imparcialidade da fase de investigação e pela necessidade de evitar arbitrariedades”.

³²⁵ Ambos, 2009:10.

A fase da investigação e de prevenção da prática de crimes é sem dúvidas uma fase sensível à restrição de direitos fundamentais. Infelizmente, muitas brutalidades são cometidas no âmbito da atuação policial e a persistência desses fenômenos demonstra as dificuldades da alteração dessa situação de violência policial no Brasil. Nesses casos há uma verdadeira crise de legitimidade de todo o sistema de segurança pública, pois o cidadão usualmente não sabe a quem recorrer quando se depara com a situação de desvio policial³²⁶. Parte-se da premissa de que o braço armado do Estado não pode ser absolutamente independente, mas deve prestar contas de seus atos a uma instituição externa de controle. Enquanto para as atividades do Estado em geral vige o princípio da publicidade, incluindo-se naturalmente no campo da fiscalização popular, a maioria das ações levadas a cabo pela Polícia de investigação devem ocorrer em sigilo para alcançarem a eficiência, sendo então essencial que o Estado institucionalize outra instituição (ou órgão) para exercer as funções que deveriam ser exercidas pelo controle público, suprimindo esse déficit de fiscalização. Assim, a atuação do Ministério Público nessa fase tem a função de assegurar a fiscalização da legalidade dos atos de investigação, bem como a fiscalização da correção de toda atividade de segurança pública³²⁷. Especificamente na investigação criminal há uma garantia constitucional de fiscalização constante da investigação policial pelo Ministério Público, derivada do dever de controle externo da atividade policial (CRFB/1988, art. 129, VII).

O Ministério Público, apesar de ser o responsável direto pela condução das investigações (em diversos sistemas europeus) ou de seu acompanhamento obrigatório com a

³²⁶ Destacando o problema da violência policial no Brasil, ver Lembruger *et al.*, 2003:35-71; Guimarães, 2008:82-90; Huggins *et al.*, 2006. Referidos estudos demonstram que o desvio policial não é um problema de maçãs podres dentro de um barril, mas de um barril que está podre (a expressão é de Walker e Katz, 2008:455: *rotten apples and rotten pockets*). Ou seja, a ausência de mecanismos de controle institucionais (internos e externos) acaba por favorecer (e às vezes incentivar) o desvio.

³²⁷ Essa função já fora destacada no século XIX por Savigny, citado por Roxin, 2007:13, para o qual “precisamente em ambas as operações das autoridades de polícia estão próximas ao risco de uma infração legal e a experiência enina que não poucas vezes os agentes subalternos de polícia se convertem em culpados de tais violações, em prejuízo da pessoa afetada. [...] Em casos importantes o promotor de justiça deveria ser informado para tomar medidas de maneira imediata e, em qualquer onde esteja, a autoridade de polícia deveria estar obrigada a cumprir especificamente suas ordens”. Segundo Mesquita, 2003:133, “Remediar essa situação e dar uma base jurídica às primeiras intervenções policiais deveria ser, com toda a propriedade, tarefa do Ministério Público que deriva do princípio que está na base da sua instituição”. No mesmo sentido, essa visão de atuação do Ministério Público como fiscal da legalidade na atuação policial já fora indicada no Brasil, no início do século passado, por Lyra, 1937:121: “A vigilância sobre os atos da Polícia Judiciária, com intervenção nos inquéritos, quando julgar necessária, cerca a investigação de garantias que sempre mereceram os mais decididos encômios”. Gössel, 1996:622-23, argumenta que a atividade policial possui uma tendência de se reconhecer como um “espaço

condução mediata das investigações (no sistema brasileiro), é uma instituição que possui um dever de atuação objetiva. Isso significa que o Ministério Público é parte (em sentido formal), e possui na fase da investigação uma atuação parcial (*pro societatis*, tendente a esclarecer os fatos e responsabilizar os eventuais autores do crime). Apesar de ser uma atuação direcionada a uma finalidade processual, o Ministério Público não pode atuar de acordo com interesses pessoais (perseguições infundadas), mas deve ter uma atuação objetiva, impessoal³²⁸.

A função do Ministério Público de fiscalizar os eventuais abusos e desvios é perfeitamente compatível com suas atribuições constitucionais de defensor da legalidade democrática (CRP/1976, art. 219.1) e defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CRFB/1988). O Ministério Público é em si mesmo uma instituição que é uma garantia constitucional de realização de direitos fundamentais: é uma instituição-garantia. A defesa da legalidade democrática abrange a defesa do Estado de Direito e do respeito aos direitos dos cidadãos na persecução penal; impõe assegurar que o Estado haja ordinariamente de forma legal na investigação. O controle externo da atividade policial impõe que o Ministério Público atue como um *ombudsman* criminal, um fiscal do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos durante a investigação criminal (mesmo daqueles cidadãos que praticam delitos)³²⁹. O problema de quem será, em um Estado de Direito concreto, a instituição responsável por “vigiar os vigias”, é sempre um problema controvertido: será apenas o parlamento, será apenas o controle político do Governador, será uma agência composta por membros da sociedade civil, será outro modelo?³³⁰ No Brasil, a CRFB/1988 elegeu em seu art. 129, VII, o modelo: é o Ministério Público quem fiscaliza a Polícia, ele é o *custos custodiem*. Podem até coexistir outras instituições com atuação tópica, mas a figura central de controle externo da atividade policial no Brasil deve ser o Ministério Público, por imperativo constitucional. E essa atuação não está apenas ligada à sua titularidade da ação penal, possui uma ligação indissociável com sua função bem mais ampla de proteção dos interesses sociais e

intocável”, que tende à concentração de poderes e, por sua vez, ao arbítrio, sendo necessário criar um sistema de controle de poderes com a vigilância constante da atividade policial pelo Ministério Público.

³²⁸ Sobre o paradoxo de o Ministério Público ser uma “parte imparcial”, que para superação, na verdade, exige se substituir a expressão imparcialidade por atuação objetiva, ver J.F. Dias, 2004:368-371. Ver discussão mais aprofundada do tema adiante, na subseção 3.2.6.

³²⁹ Identificando a finalidade do controle externo da atividade policial com os valores democráticos: Mazzili, 2008:68. De forma mais abrangente, concluindo pela relevância do Ministério Público na evolução histórica de afirmação do Estado de Direito: Paes, 2003:303.

individuais indisponíveis e de promoção de alterações da realidade tendentes à concretização do projeto constitucional.

Assim, verificado um determinado padrão de atuação policial desviante, cumpre ao Ministério Público atuar para corrigir as ilegalidades. Verificadas brechas de possíveis arbitrariedades, cumpre ao Ministério Público intervir evitando que as brechas venham possibilitar a efetiva ocorrência de arbitrariedades. Quando ocorre uma ilegalidade específica, não é apenas aquela vítima concreta que está com seus direitos fundamentais em risco, é toda a coletividade, já que a violência estatal não é apenas um fator de diminuição da segurança daquela pessoa específica, mas de toda a coletividade, que terá menos segurança em não ser a próxima vítima de uma arbitrariedade. A atividade policial, enquanto atividade de risco constante de violação de direitos fundamentais, deve contar com a fiscalização também constante pelo Ministério Público de suas atividades.

Em Portugal o fato de o Ministério Público conduzir as investigações é visto como uma garantia à legalidade da investigação, já que como o Ministério Público se responsabilizará em juízo pelo resultado da atividade de investigação, tenderá a ser mais cauteloso no recolhimento dessas informações³³¹.

A obrigação de atuação objetiva, aliada à fiscalização da legalidade, impõe que o Ministério Público respeite os direitos processuais do investigado e que procure esclarecer todas as circunstâncias do crime, inclusive as que sejam eventualmente favoráveis à defesa (investigar *à charge et à décharge*). Em verdade, as autoridades policiais também compartilham do dever de esclarecer os fatos com impessoalidade. Mas o Ministério Público, como o responsável pela produção da prova em juízo, possui a responsabilidade acrescida de zelar por sua legalidade.

Como lembra Faria Costa³³², a Polícia desenvolve uma racionalidade própria, normalmente distinta da racionalidade do círculo judiciário, tendente à supervalorização de sua atividade, com acento na deriva securitária de sua atuação, em especial com o fortalecimento de

³³⁰ Sobre os diversos modelos de fiscalização da Polícia, ver Walker, 2001:13. Indicando a função do Ministério Público de ser o *custos custodiem*, v. A.G.L. Martins, 2004:51.

³³¹ Nesse sentido, afirma Mesquita, 2003:104: “à luz de uma leitura funcional, a responsabilidade de decidir a acusação e sustentá-la efetivamente em juízo constitui um freio aos excessos do investigador”.

racionalidades tendentes a maximizar sua eficiência, mesmo que eventualmente ao preço de pequenos sacrifícios de garantias (que, nessa visão, passam a ser vistas como empecilhos à eficiência)³³³. Isso traz uma natural tensão entre o Ministério Público e a Polícia, que deve ser regulamentada em termos “jurídico-socialmente suportáveis”³³⁴.

Inúmeros diplomas internacionais indicam a relevância da fiscalização da atuação policial pelo Ministério Público como um instrumento de defesa de direitos humanos³³⁵. Portanto, a disposição constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público possui um substrato ideológico subjacente, de ser um mecanismo de luta pela efetiva realização dos ideais de respeito à liberdade, igualdade e respeito integral à dignidade humana no âmbito da atividade policial.

Essa função de controle contra arbitrariedades abrange todo o conjunto de atuações da Polícia na investigação criminal. Deve haver controle da instauração de IP's diante das comunicações de crimes, pois o risco de arbitrariedade fica evidenciado quando se analisa o que ocorreria se não houvesse a atuação policial nos termos legais: ou a Polícia simplesmente não

³³² J.F. Costa, 1994:221-222.

³³³ Também lembrando que muitas vezes a Polícia é guiada por um discurso securitário à *dirty Harry*: R. Pereira, 2004:119. Acentuando essa tendência de, diante do conflito entre eficiência e garantias, ver as garantias como um mero obstáculo à eficiência (e não como o pré-requisito de legitimidade do sistema penal), ver Moura, 2005:38-43. De ver-se que essa visão de supervalorização da eficiência não é exclusiva das forças policiais, todavia, sua maior exposição à cobrança social de respostas imediatas acaba por inevitavelmente por exacerbar essa tendência institucional.

³³⁴ J.F. Costa, 1994: 222.

³³⁵ Destacamos os art. 16 e 21 da Recomendação REC (2000) 19, de 6 out. 2000, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que estabelecem, respectivamente: “16. O MP deve, em qualquer caso, estar em condições de proceder criminalmente, sem obstrução, contra agentes do Estado, por crimes por estes cometidos, particularmente de corrupção, abuso de poder, violação grave dos direitos humanos e outros crimes reconhecidos pelo direito internacional 21. Em geral, o MP deve examinar a legalidade das investigações policiais, o mais tardar, até ao momento de decidir se um determinado procedimento criminal deve ter início ou ser prosseguido. A este respeito, o MP deve controlar a forma como a Polícia respeita os direitos humanos”. Disponível em: <http://www.pgr.pt>, acesso em: 03 set. 2010. No VII Congresso das Nações Unidas sobre o delito, realizado em Havana em 1990, aprovou-se diretriz que recomenda a participação ativa dos membros do Ministério Público na investigação criminal, desde sua iniciativa, incluída a realização de diligências de investigação e a fiscalização das diligências realizadas pelas Polícias: ver Castilho, 1999. Também destacamos a recomendação da ONU (Alston, 2009: item F.95.c), que conclui ser aconselhável que o Ministério Público brasileiro tenha uma postura ativa durante os procedimentos de investigação de mortes praticadas no exercício da atividade policial. Ver ainda a exposição de motivos relativa à alteração à Lei Orgânica do Ministério Público português, feita em 1997: “encontra-se hoje adquirida, nomeadamente no seio das organizações internacionais, em que se destacam a Organização das Nações Unidas e o Conselho da Europa, e de instituições científicas, como a Associação Internacional de Direito Penal, a consolidação do princípio da atribuição da direcção de investigação criminal a um juiz ou a um órgão de acusação, acrescida da tendência de substituição do juiz de instrução pelo Ministério Público nessa função, por exigências decorrentes da necessidade de coordenação do combate à criminalidade e do reforço do estatuto de imparcialidade do juiz [...]”. Comentários em: M.C. Almeida, 2006:195.

investigaria (e haveria lesão à garantia de eficiência) ou a Polícia investigaria fora do inquérito (lesão à garantia contra os possíveis abusos praticados pela investigação fora do inquérito, sem documentação e sem acompanhamento pelo Ministério Público). Assim, o controle de que a notícia do crime deve ser investigada dentro das formalidades do inquérito é uma garantia do cidadão contra eventuais abusos de uma investigação criminal clandestina. Da mesma forma, todas as diligências investigativas realizadas pela Polícia devem ser apresentadas ao Ministério Público para que este órgão possa exercer o controle da legalidade dessas diligências.

Também deve haver o controle da legalidade na condução das investigações, mediante a análise pelo Ministério Público do respeito às garantias procedimentais previstas em lei para a prevenção de desvios policiais. Assim, considerando-se o risco da prática de violações a direitos fundamentais no âmbito da atividade investigativa, a lei estabelece uma série de garantias procedimentais para evitar a prática de arbitrariedades, de sorte que o respeito pela Polícia a esse conjunto de garantias constitui um elemento legal de profilaxia ao desvio policial. E o Ministério Público possui a obrigação legal de velar para que a investigação criminal desenvolva-se com o respeito a essas garantias procedimentais de proteção aos direitos fundamentais no exercício da atividade policial.

Finalmente, nas demais ações de segurança pública não diretamente ligadas à atividade de investigação criminal, o Ministério Público exerce um papel de fiscalização superior da legalidade da ação policial, podendo emitir recomendações para evitar a prática de arbitrariedades e investigar diretamente os desvios praticados por policiais para assegurar sua responsabilização criminal ou por improbidade administrativa.

3.2.1.3 Síntese da abrangência do controle externo da atividade policial

Como síntese da abordagem anterior, conclui-se que a garantia de controle pelo Ministério Público das comunicações de crimes possui várias possíveis finalidades: (a) é uma garantia às vítimas contra arquivamentos sumários e omissões de investigações; (b) é consectário lógico de sua titularidade da ação penal, permitindo a correta condução da atividade de investigação, sendo, portanto, uma garantia da sociedade em favor da eficiência da investigação; (c) também é uma garantia contra eventuais abusos praticados pela Polícia na condução da atividade de investigação, na medida em que todas as atividades de investigação devem ocorrer

de forma documentada e com posterior controle pelo Ministério Público, com a possibilidade de o Ministério Público investigar e punir eventuais desvios.

Em relação aos destinatários da fiscalização pelo Ministério Público, a CRFB/1988 dá um norte genérico de atuação: a “atividade policial”. A CRFB/1988 não limitou essa atividade apenas à atividade de polícia judiciária, mas a toda a atividade policial e, onde não houve restrição, não cabe ao interprete restringir. Por outro lado, esse conceito poderia ser entendido como toda e qualquer atividade administrativa que exerce o poder de polícia. Assim, o dispositivo constitucional deve ser interpretado em conjunto com o art. 3º, “e”, da LC n. 75/1993, que estabelece que o controle externo da atividade policial deve ser exercido tendo em vista “a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública”. Portanto, o dispositivo delimita os sujeitos passivos dessa relação de controle externo aos sujeitos indicados no art. 144 da CRFB/1988, sob o título capitular “Da segurança pública”, em suas atividades de investigação criminal (Polícia Judiciária) e de policiamento ostensivo de prevenção de crimes.

Apesar da aparente limitação, o dispositivo deve ser interpretado em sua teleologia, indicando todas as instituições públicas que atuam na área de segurança pública, ainda que não explicitamente indicados no art. 144, como também é a atividade policial exercida pelas Forças Armadas, as guardas municipais, a atividade policial exercida pelo Poder Legislativo e Judiciário, a atividade de segurança do Estado, a atividade de prevenção de riscos realizada pelos Corpos de Bombeiros³³⁶. De forma mais ampla, o controle externo deverá ser dirigido a todas as instituições públicas incumbidas da atividade de segurança pública, sendo essa perspectivada em suas diversas nuances: inteligência criminal, prevenção, repressão, investigação, manutenção da ordem, gestão de crises e de urgências³³⁷. Vale ressaltar que a expressão “controle externo da atividade policial” relaciona-se em Portugal à atividade continuada de prevenção e punição (inclusive disciplinar) de desvios policiais para sua adesão ao paradigma de respeito aos direitos

³³⁶ Propondo uma interpretação mais restrita do controle externo para incluir apenas as atividades de investigação criminal: Mazzilli, 2008:140. Propondo uma abrangência mais profunda da extensão do controle externo da atividade policial a essas outras atividades indicadas acima, ver: D.C. Ribeiro, 2003:219-322; Guimarães, 2008:103-106. Nesse sentido, o art. 1º da Resolução n. 20/2007 do CNMP, que regulamenta o exercício do controle externo da atividade policial, estabelece que: “Estão sujeitos ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, da legislação em vigor e da presente Resolução, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as Polícias Legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal”.

³³⁷ Ver comentários acima, na seção 1.1.

fundamentais³³⁸. Não há porque excluir deste conceito, no Brasil, a fiscalização das atividades policiais de segurança pública, quando, aliás, a própria LC n. 75/1933 as inclui expressamente. Obviamente, a abrangência do controle é distinto nas duas hipóteses (investigação criminal e atividades de segurança pública em geral).

Quanto à atividade de investigação criminal, e as demais atividades direcionadas de forma mediata à efetividade de uma eventual investigação criminal (como a atividade de prevenção criminal e a inteligência criminal), o controle externo tem o sentido de controle da direção das investigações e fiscalização constante da indisponibilidade do futuro exercício da ação penal, bem como da não prática de arbitrariedades. Já para as demais atividades de segurança pública não ligadas nem indiretamente à investigação criminal (como a manutenção da ordem, gestão de crises e de urgências), o controle externo da atividade policial está ligado à função do Ministério Público de *ombudsman* dos direitos fundamentais, ou seja, de fiscal constante de uma área sensível para a restrição de direitos fundamentais, com a atribuição para exercer a responsabilização criminal dos eventuais desvios policiais e de recomendar medidas necessárias ao aperfeiçoamento dessas atividades.

Na síntese de Mazzilli, o controle externo da atividade policial deve recair, entre outras áreas, sobre³³⁹:

- a) as *notitiae criminis* recebidas pela Polícia, que nem sempre são investigadas;
- b) a apuração de crimes em que são envolvidos os próprios policiais (violência, tortura, corrupção, abuso de autoridade *etc.*); c) os casos em que a Polícia não demonstre interesse ou possibilidade de levar a bom termo as investigações;
- d) fiscalização permanente da lavratura de boletins ou talões de ocorrências criminais;
- f) a instauração e a tramitação de inquéritos policiais;
- g) o cumprimento das requisições ministeriais.

3.2.1.4 Necessidade de uma interpretação conforme a Constituição para o (re)enquadramento das relações institucionais entre Polícia e Ministério Público

A nova ordem constitucional, ao realizar uma mudança de paradigmas em termos de garantias processuais penais, indicou um norte ao processo penal, consistente num

³³⁸ Ver: Portugal, IGAI, 2008. No âmbito da literatura sociológica, a expressão controle externo da atividade policial também está ligada à atividade de controle dos desvios policiais, mediante sua prevenção e repressão; ver Lemgruber *et al.*, 2003.

³³⁹ Mazzilli, 2008:141.

conjunto de dispositivos de matiz contentora de arbitrariedades, entre os quais estão o princípio acusatório (previsto no art. 129, I, da CF/1988), a obrigatoriedade de o Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII) e de participar ativamente da fase investigativa, com poderes de requisição de inquéritos policiais e de realização de diligências investigativas, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações (art. 129, VIII), bem como, de forma mais geral, o reconhecimento da atividade policial como uma área sensível à vulneração de direitos fundamentais (perceptível pelo especial cuidado que o legislador constituinte teve ao regular as garantias fundamentais ligadas à atividade policial) e a função institucional do Ministério Público de ser um órgão de garantia da realização do projeto constitucional de direitos fundamentais, verdadeiro agente de transformação das práticas estatais e sociais. Todo esse conjunto de disposições é um norte para a interpretação das disposições infraconstitucionais, anteriores e posteriores à Constituição. Assim, após a edição da nova ordem constitucional, claramente vários dispositivos legais puderam ser considerados incompatíveis com a Constituição, como por exemplo a iniciativa da ação penal por ato do delegado de polícia ou do próprio juiz, ou ainda a possibilidade de o delegado de polícia expedir mandados de buscas e apreensões domiciliárias³⁴⁰.

Apesar de haver várias disposições que claramente eram inconstitucionais e foram não recepcionadas pelo novo texto constitucional, o certo é que os princípios constitucionais nem sempre apontam em uma direção única, muitas vezes aponta em um rumo, dando ao legislador um feixe de opções para disciplinar um determinado tema, mas sempre em um determinado sentido. Assim, apesar de haver algumas situações regulamentadas na legislação antiga que estão na margem desse “facho de luz” que irradia da Constituição, é perfeitamente possível que elas não sejam consideradas num primeiro momento inconstitucionais, sem prejuízo de que uma disciplina legislativa posterior seja considerada mais coerente com a principiologia constitucional.

Tradicionalmente, a chamada interpretação conforme a Constituição tem sido utilizada apenas para afastar uma interpretação inconstitucional. Assim, se da leitura de um texto

³⁴⁰ Outros dispositivos, apesar de também violarem a lógica constitucional, demoraram um pouco mais para serem questionados pela doutrina, como foi o caso da *mutatio libelli* do art. 384 do CPP, que em sua redação anterior permitia ao juiz mudar os fatos imputados na denúncia e sofreu severas críticas doutrinárias, mas ainda era aceita

normativo surgem duas interpretações igualmente possíveis, todavia uma delas é flagrantemente inconstitucional, então a única interpretação possível é a outra, a conforme a Constituição³⁴¹. Como afirma Guastini, trata-se de uma *interpretazione di adeguazione* (*interpretazione adeguatrice*), como técnica de prevenção de antinomias com normas hierarquicamente superiores³⁴².

Todavia, a interpretação conforme a Constituição não deve ser vista apenas como um instrumento de controle de constitucionalidade, que visa expurgar uma possível interpretação violadora da Constituição. Ela também é um guia da atividade hermenêutica, de sorte que a força conformadora da Constituição também permite escolher, dentre as várias possíveis interpretações que um texto normativo possibilita, a que permita uma maximização dos princípios constitucionais. Nessa situação, todas as opções interpretativas do texto são, em tese, compatíveis *prima facie* com a Constituição (em outras palavras, não é possível afirmar que uma das opções legislativas viole frontalmente a Constituição). Todavia, apesar de ambas serem igualmente constitucionais, uma delas proporciona uma maior concretização das normas constitucionais que a outra. Assim, a interpretação de um texto normativo infraconstitucional que maximiza a concretização de normas constitucionais deve ter primazia em relação à outra interpretação que, apesar de não ser inconstitucional, realiza em menor medida o programa constitucional.

Portanto, é possível afirmar que a força normativa da Constituição também é um guia para a interpretação das normas infraconstitucionais, ao indicar a prioridade da interpretação que viabilize a maior realização possível do programa constitucional.

pelos Tribunais Superiores, até ser definitivamente expurgada com a reforma processual de 2008. Ver sobre o tema: Ávila, 2009:87-91.

³⁴¹ Repetindo a visão tradicional de interpretação conforme à Constituição: “Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental. Isso ocorrerá, naturalmente, sempre que um determinado preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de interpretação, sendo qualquer delas incompatível com a Constituição. Note-se que o preceito permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal”. Barroso, 2009:194-5. Essa visão tradicional está presente na própria postura do STF, que passa a julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade quando aplica a interpretação conforme a Constituição: ver BRASIL. STF, ADIN 581/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 12 ago. 1992.

³⁴² Afirma: “Se uma disposição de lei admite duas interpretações conflituosas, tais que a primeira seja conforme a norma constitucional, enquanto a segunda está em contraste com ela, se faz uma interpretação de adequação (*interpretazione adeguatrice*) acolhendo-se a primeira interpretação e afastando-se a segunda”. Guastini, 1998:223 (tradução nossa).

Nesse sentido, Canotilho, comentando o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, afirma que “quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a *melhor orientada* para a Constituição”³⁴³.

Sobre a força conformadora da Constituição sobre a atividade hermenêutica, Streck, citando Medeiros, aponta as seguintes funções³⁴⁴:

1º) uma função de apoio ou de confirmação de um sentido da norma já sugerido pelos restantes elementos de interpretação; 2º) uma função de escolha entre várias soluções que não se mostram incompatíveis com a letra da lei, servindo para excluir um sentido possível e para optar por um outro igualmente compatível com a letra da lei; 3º) uma função de correção dos sentidos literais possíveis; 4º) uma função de revisão da lei através da atribuição à Constituição de um peso decisivo e superior aos demais elementos tradicionais de interpretação.

Nessa perspectiva sistemática de interpretação conforme a Constituição, os princípios constitucionais jogam um papel decisivo, já que, como afirma Eros Grau, “os princípios cumprem função interpretativa e conferem coerência ao sistema”³⁴⁵. A coerência com os princípios constitucionais assegura a coerência sistêmica da interpretação, sua consistência e aceitabilidade racional dentro da totalidade do Direito. Considerando a supremacia hierárquica da Constituição, e a unidade de sentido que os princípios procuram dar à Constituição, pode-se concluir que os princípios constitucionais devem ser o critério dominante para a interpretação jurídica, dentro das possibilidades interpretativas do texto normativo infraconstitucional³⁴⁶.

Assim, considerando que o sistema acusatório foi expressamente acolhido pela CF/1988, art. 129, I, que a Constituição prevê a existência de um controle externo da atividade policial (que, ainda que dependente de regulamentação infraconstitucional por lei complementar,

³⁴³ Canotilho, 2003:1227. No mesmo sentido, afirma Miranda, em relação às normas constitucionais programáticas que, apesar de não serem imediatamente exequíveis, “só por constarem da Constituição contam para a interpretação sistemática” e, mais adiante, comentando a vinculação do legislador à Constituição na regulamentação de normas constitucionais, conclui que “o legislador (insistimos) tem, na perspectiva global da Constituição, de possuir um sentido que seja conforme com o sentido objetivo da norma constitucional”. Miranda, 2008:288 e 292.

³⁴⁴ Streck, 2004:575-6.

³⁴⁵ Grau, 2002:180.

³⁴⁶ Os limites da interpretação conforme à Constituição são as possibilidades interpretativas abertas pela abertura semântica dos conceitos jurídicos utilizados no texto normativo, sob pena de uma interpretação claramente fora

já possibilita a extração de um conteúdo mínimo: deve haver controle, esse controle deve ser minimamente eficiente), que o Ministério Público deve ser uma instituição de fiscalização da ordem jurídica e do sistema de direitos fundamentais, enfim, todo esse conjunto de princípios constitucionais condicionam a interpretação sistemática das demais regras constitucionais e infraconstitucionais, de forma a permitir que o Ministério Público exerça de forma efetiva referidas atividades e assegure o respeito aos diversos direitos fundamentais envolvidos na atividades policial.

Assim, a máxima efetividade das normas constitucionais deve guiar o processo de hermenêutica jurídica, balizando o discurso jusfundamental tendente à concretização destes princípios fundamentais na leitura (e releitura) da legislação infraconstitucional relativa ao exercício da atividade policial e seu relacionamento com o Ministério Público, seja no âmbito da impossibilidade de seu afastamento da condução diretiva das investigações (ainda que mediata), seja na necessidade de acompanhar de forma mais próxima a atividade policial nas áreas sensíveis à restrição de direitos fundamentais, seja na relevância de se construir mais mecanismos de controle de eventuais arbitrariedades, seja na efetividade de uma atividade do Ministério Público de investigação do desvio policial e de sua posição como auditor constante do padrão da atuação policial, seja, finalmente, na necessidade de efetividade da responsabilização do desvio policial.

Diz-se que o Sistema de Justiça representa e reflete uma ordem social existente em determinada sociedade e um momento histórico determinado. O sistema acolhido pela Constituição brasileira visa expurgar o passado de violências policiais, que atingiu sua projeção exponencial durante a ditadura, mas ainda persiste. Essa perspectiva constitucional garantista de controle da violência dá forma às possíveis interpretações da legislação infraconstitucional relativas ao relacionamento entre Ministério Público e Polícia.

3.2.2 O papel dos sujeitos processuais na fase investigativa

A compreensão da estrutura constitucional relativa à fase investigativa passa pela compreensão do papel dos diversos sujeitos processuais nessa fase. Podemos destacar cinco

desses limites transformar o interprete (executor ou juiz) em legislador, violando um dos postulados do Estado de Direito que é a separação de poderes. Ver: Wolff *et al.*, 2006:411.

intervenientes nessa fase processual: Polícia, Ministério Público, juiz, investigado, defensor e vítima. Analisemos o papel de cada um desses sujeitos.

Ministério Público e Polícia estão intimamente ligados na fase das investigações. O art. 144, §§ 1º e 2º, da CRFB/1988, estabelece as competências da Polícia Civil e Federal para a apuração das infrações penais e para exercerem as funções de polícia judiciária dos Estados e da União, respectivamente. Já o art. 129, I, da Constituição estabelece competir ao Ministério Público exercer privativamente a ação penal pública, bem como o inciso VII do mesmo dispositivo prevê a atribuição do Ministério Público para exercer o controle externo da atividade policial e o inciso VIII prevê a competência para o Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações.

O inciso I do art. 129 da CRFB/1988 positiva o princípio acusatório, segundo o qual o juiz deve ter uma posição de imparcialidade em relação ao exercício da ação penal, não se envolvendo na atividade de acusação³⁴⁷. Não apenas acusação e julgamento estão separados: também a atividade defesa é incumbida a um órgão equidistante dessas duas outras atividades³⁴⁸. A atividade de acusação não se limita à fase de julgamento, mas é uma postura processual que se reflete em toda a atividade processual penal, desde seu berço na investigação criminal, pois, para poder exercer de forma adequada sua pretensão punitiva, o Ministério Público necessitará receber informações adequadas que lhe permitam decidir se determinada notícia de crime possui

³⁴⁷ D.C. Ribeiro, 2003:98; E.P. Oliveira, 2009:4-7; Rangel, 2009:47-68; E.C. Silva, 2010; Prado, 2005; Jardim, 2005:189-197. Sobre o sistema acusatório, ver ainda, Roxin, 2000:86-87; J.F. Dias, 2004:136-147 e 382-393; Gössel, 1996:623-626. Registre-se que, por sistema acusatório, indicamos um arcabouço de garantias ligadas à separação entre as funções de acusar e julgar, e não a identidade com algum outro sistema processual historicamente delimitado (como, v.g., o *adversarial system* anglo-saxão). Assim, é perfeitamente compatível que o sistema brasileiro divirja em pontos determinados de alguns princípios do *adversarial system* e ainda assim possa continuar a ser classificado como de estrutura acusatória em razão do conjunto de garantias constitucionais, derivadas em especial do princípio do Estado de Direito e do devido processo penal em sentido material, ambos indicativos do acolhimento de um sistema de vedação de arbitrariedades, que, portanto, não se compatibiliza com a figura de um juiz com poderes de investigação e de acusação, ou de um Ministério Público controlador da atividade investigativa com poderes de restrição de direitos fundamentais, ou ainda de uma Polícia sem mecanismos de controle. Analisando que o sistema brasileiro não coincide com o sistema acusatório em sua perspectiva histórica do *adversarial system* anglo-saxão, ver M.F. Andrade, 2008:459-463; Cuadrado Salinas, 2010:105-212. Indicando que o princípio acusatório é um elemento essencial de um sistema garantista, assim entendido como um sistema racional de vedação de arbitrariedades punitivas: Ferrajoli, 2002:450-460. Indicando que se um juiz é testemunha de acusação ele não possui imparcialidade para julgar o processo: STJ, 6ª T., HC 64.072/RO, rel. Min. Og Fernandes, j. 29 set. 2009, DJe 19out. 2009.

³⁴⁸ Destacando essa terceira atividade (defesa independente) como elemento integrante do princípio acusatório: Tornaghi, 1977:1-2.

fundamento jurídico para prosperar em juízo. Portanto, a atividade de acusação significa atribuir a um órgão distinto do juiz as seguintes atividades³⁴⁹:

(a) Direito de preparar-se para o exercício de uma acusação, evitando-se acusações infundadas (exigência de indícios da autoria e materialidade como requisitos de justa causa de uma acusação e, portanto, o dever de o Ministério Público envolver-se na atividade investigativa para assegurar a obtenção de tais esclarecimentos)³⁵⁰;

(b) Direito de dar início ao processo, mediante uma acusação;

(c) Direito de delimitar quais fatos serão submetidos a julgamento;

(d) Direito de assegurar a produção das provas da acusação em julgamento;

(e) Direito de impugnar (facultativamente) o improvimento da pretensão punitiva.

Cada um desses tópicos abrange um aspecto específico da divisão de tarefas entre Ministério Público e juiz, o que significa dizer que o juiz: não deverá envolver-se ativamente na atividade de investigação criminal, não deverá iniciar de ofício a ação penal (seja a acusação inicial, seja uma acusação suplementar, bem como abrange a obrigação de haver uma acusação suficientemente individualizada e não meramente implícita, para permitir à defesa o exercício de seu direito de contraditório³⁵¹), não poderá alterar de ofício os fatos imputados ao acusado (vedação de *mutatio libelli ex officio*, exigindo-se prévio aditamento à denúncia pelo Ministério Público³⁵²), vedação de cerceamento do direito à prova³⁵³ (e uma posição mais

³⁴⁹ Ver Gössel, 1996:614-616; Roxin, 2000:86-87; Prado, 2005:114; Rangel, 2009:47-67; E. P. Oliveira, 2009:4-8; E.C. Silva, 2010; D.C. Ribeiro, 2003; M.F. Andrade, 2008; Espina Ramos, 2008.

³⁵⁰ Especificamente sobre esse ponto, já afirmava Manzini, 1949(v. 2):264: “Como a ação penal deriva de um fato que constitui crime, é natural que o MP, antes de promover a ação, ou seja, antes de formular uma acusação, promova aquela investigação preliminar e preparatória, sobre os elementos objetivos e subjetivos do fato, que pareçam necessários e suficientes para deliberar sobre a sustentação da acusação” e concluía (1949:266): “a função de polícia judiciária é considerada no MP, que é o sujeito principal e dirigente, e nos seus órgãos executivos”.

³⁵¹ Sobre a vedação de acusações implícitas ou vagas, e a necessidade de sua efetiva individualização para o exercício do direito de defesa, ver Verger Grau, 1994:119-120, citando ainda a decisão espanhola STC 100/1992 (25 jun.).

³⁵² Sobre o tema, a Lei n. 11.719/2008 alterou o art. 384 do CPP para abolir definitivamente a *mutatio libelli* sem aditamento pelo Ministério Público. Agora toda alteração da imputação deverá ser precedida de aditamento do Ministério Público. A doutrina já indicada de longa data a não recepção dessa figura da *mutatio libelli* sem

comedida do juiz na produção *ex officio* de provas contra o réu³⁵⁴), limitação das hipóteses de o juiz recorrer de ofício de suas próprias decisões (especialmente contra o réu).

O afastamento do juiz da atividade de investigação é uma das principais características do sistema acusatório; ao contrário, um juiz investigador era a característica essencial do antigo sistema inquisitivo, o que acabava por permitir deixar o investigado praticamente indefeso, pois se é o próprio juiz quem investiga retira-se a possibilidade de impugnar as eventuais questões ligadas à investigação perante um juiz imparcial³⁵⁵. O papel do juiz na fase das investigações é de árbitro imparcial da legalidade da restrição de direitos

aditamento, por importar indiretamente em exercício do direito de ação fora da demanda proposta, portanto, uma violação ao princípio acusatório insculpido no art. 129, I, da CRFB/1988. Ver: Ávila, 2009:602;

³⁵³ Sobre o direito à prova no processo penal, ver Gomes Filho, 1997.

³⁵⁴ O tema dos limites à iniciativa probatória do juiz é sempre polêmico, havendo quem defenda tanto uma posição de absoluta passividade (Gómez Colomer, 1996:280; Lopes Jr., 2004:86; E.C. Silva, 2010:124-133), os que admitem a iniciativa probatória apenas em favor da defesa (Prado, 2005:139 e E.P. Oliveira, 2009:298; Gomes Filho, 2001:42 também parece caminhar nesse sentido ao indicar que a iniciativa probatória do juiz seria destinada a temperar a natural desigualdade entre as partes) os que admitem ampla liberdade (a linha mais tradicional no Brasil, como Tucci, 2004:44, que reconhece que o juiz tem um *munus* público de apurar a verdade dita “material”), quanto os que admitem uma liberdade supletiva com recomendação de moderação na fase judicial (ver Badaró, 2003:167-8, que reconhece que o juiz não pode investigar a eventual existência de fontes de prova – saber se um meio de prova existe ou não – todavia, uma vez tomando conhecimento que existe um meio de prova, o juiz poderia determinar de ofício a produção desta prova para assegurar a busca da verdade no processo). Parece-nos que a referida posição de Badaró é a mais equilibrada diante tanto do princípio da busca da verdade no processo quanto da necessária garantia de imparcialidade do juiz através do distanciamento da responsabilidade de produzir a prova (e do risco de envolvimento psicológico com a tese que o juiz se propõe a investigar no processo mediante uma iniciativa probatória mais ampla). Veja-se que mesmo nos sistemas acusatórios de matriz de *Common Law*, é admissível uma iniciativa discreta do juiz na produção de provas em juízo: v. Cuadrado Salinas, 2010:169-178. Ver nosso comentário sobre os limites da iniciativa probatória do juiz em Ávila, 2010c. Registre-se que a presente polêmica sobre os limites da iniciativa probatória do juiz estão circunscritos à iniciativa já no curso da ação penal, após o Ministério Público ter demandado o exercício da jurisdição (e portanto, como um pré-requisito a uma efetiva prestação jurisdicional). Não se cogita de iniciativa probatória do juiz na fase das investigações, por absoluta ausência de exercício da jurisdição nessa fase, já que ainda não se formulou qualquer pedido concreto ao juiz, estando a fiscalização da colheita dos elementos de informações preliminares à ação a cargo exclusivo do Ministério Público, com a coadjuvância da Polícia Judiciária. Assim, as posições mais radicais que admitem que o juiz possa ter iniciativa para determinar atos de investigação de ofício, enquanto antecipação de prova, em caso de urgência e especial gravidade do crime, como a de Mikasa, 2009, nos parecem claramente inconstitucionais.

³⁵⁵ Para uma visão histórica do sistema inquisitivo, ver M.F. Andrade, 2008:267-396. Apesar de o sistema inquisitivo estar ordinariamente associado a períodos históricos de imposição de ideias e de tentativa de favorecimento do controle social, portanto mais propenso a abusos de poder, não se pode negligenciar que o sistema inquisitivo representou alguns avanços à dogmática processual penal de sua época, como o afastamento de um sistema de provas místicas ou de duelos em favor de uma tentativa de provas racionais (ainda que seriamente maculada pelo uso da tortura), a utilização de um juiz profissional no lugar de juízes leigos, e a documentação sistemática da atividade processual num processo escrito (ainda que atualmente seja mitigada pela preferência de oralidade nas audiências, mas ainda com redução a termo dos principais atos), todos aspectos ainda presentes na racionalidade contemporânea do processo penal.

fundamentais, um verdadeiro juiz de garantias³⁵⁶. Esse papel ficou explicitado pelo STF no julgamento do HC 92.893, o qual analisou o papel do magistrado no âmbito das ações penais originárias de Tribunais, tendo se afirmado que o juiz não pode atuar como um investigador, mas “apenas atua como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do conjunto probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício”, e que “entre nós, a intervenção do judiciário ao longo do inquérito objetiva coibir eventuais excessos ou desvios por parte dos agentes policiais, bem como impedir ações ou omissões ilegais ou abusivas por parte de qualquer outra autoridade envolvida na investigação”³⁵⁷. O Judiciário não pode nem mesmo exercer poderes abstratos de correição sobre a atividade policial, pois a Polícia não está vinculada ao Judiciário, o juiz não pode realizar investigações criminais autônomas, e o controle externo da atividade policial, na perspectiva de fiscalização em abstrato da atividade policial e promoção da responsabilização por eventual desvio, é atividade conferida constitucionalmente ao Ministério Público e não ao Judiciário, de forma a se assegurar sua imparcialidade³⁵⁸. Conforme brocardo forense, “quando o juiz acusa, nem Deus serve como advogado”³⁵⁹. Até mesmo o prazo para o retorno dos autos à DP para

³⁵⁶ Sobre a necessidade de afastamento do juiz da atividade investigativa, ver Coutinho, 2001; Rangel, 2009:47-67; E.P. Oliveira, 2009:8-9; Prado, 2005:107-111; Jardim, 2005:189-192; Lopes, Jr., 2003:162-165; Choukr, 2001:77-89; M.P. Lima, 2008(v.1):149-155; Tourinho Filho, 2010(v.1):340; Santin, 2007:188-194. Utilizando a expressão de “juiz garantidor”, ver Cunha e Baluta, 2003:129. De forma mais ampla, ver Ferrajoli, 2002:450-459; J.F. Dias, 2004:239-249 e 395-404; Mathias, 2005:552. Sobre o delineamento da figura do “juiz das garantias” na reforma do CPP, já aprovada pelo Senado Federal, em curso na Câmara dos Deputados, ver F.A.M. Silveira, 2011 e Choukr, 2011.

³⁵⁷ STF, Pleno, HC 92.893/ES, rel. Min Ricardo Lewandowski, j. 2 out. 2008, DJe n. 236 de 12 dez. 2008 (voto do Min. Ricardo Lewandowski). Esse precedente julgou que o fato de o Desembargador ter sido relator de Inquérito em ação penal originária de Tribunal não induz a sua suspeição para ser o futuro relator da ação penal; todavia, os Ministros do STF pareceram sinalizar no sentido de que uma reforma legislativa desse naipe seria conveniente, citando inclusive o caso dos DIPO’s de São Paulo, que são varas especializadas apenas para a fase de acompanhamento do IP.

³⁵⁸ Nesse sentido, entendendo que o Juiz Corregedor não tem poder de realizar investigação administrativa ou criminal contra desvios praticados por policiais, ante o fundamento duplo de que o juiz não pode investigar (para zelar por sua imparcialidade), e de que a Polícia não está hierarquicamente subordinada ao Judiciário, pelo que não é possível à Corregedoria de Justiça impor sanções administrativas a policiais, ver: STJ, 5ª T., RHC 15.170/SP, rel. Ministro Felix Fischer, j. 23 jun. 2004, DJ 13 set. 2004, p. 262; STJ, 5ª T., RHC 10604/SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJU 12 mar. 2001. Em sentido diverso, entendendo que a Corregedoria de Justiça tem poder de fiscalizar a atividade policial nos estreitos limites em que a Polícia está atuando como órgão auxiliar do Poder Judiciário, ou seja, quanto ao cumprimento de mandados de prisão ou no cumprimento de requisições de diligências (estas últimas, para nós apenas no âmbito da ação penal ou de produção antecipada de provas por requerimento das futuras partes), ver Santin, 2007:75.

³⁵⁹ Ver Jardim, 2005:328. Nesse sentido, é elucidativa a seguinte decisão do STJ: “Arquivado o inquérito policial, a requerimento do Ministério Público, devido ao fato de as investigações não apurarem a autoria do suposto crime, não pode o Magistrado, de ofício, com parecer contrário do *Parquet*, reabri-lo e determinar novas diligências”; STJ, 6ª T., RHC 16.402/SP, rel. Min. Paulo Medina, 26 abr. 2005, DJ 27 jun. 2005, p. 450.

cumprimento das diligências ou quais são as diligências investigativas restantes é uma questão afeta à forma de se investigar, portanto excluída da ingerência judicial³⁶⁰.

Essa estrutura reconduz o Ministério Público como um “órgão independente de administração da justiça penal”, também um guardião da lei ao lado do juiz. Isso não significa que o Ministério Público deve ter poderes de restringir direitos fundamentais no curso do processo ou de exercer jurisdição (pois, se o acusador pudesse também julgar se vulneraria novamente o princípio acusatório³⁶¹), mas significa, ao contrário, que para a vulneração de direitos fundamentais no processo penal será necessário o concurso de duas autoridades: acusador e juiz. Isso se manifesta tanto no início de uma acusação (oferecimento da denúncia, delimitação dos fatos submetidos ao julgamento) como também no âmbito das medidas cautelares (vedação de o juiz conceder de ofício medidas cautelares que consistam materialmente em atos de investigação ou de favorecimento à investigação – como as buscas domiciliárias, interceptações telefônicas e a prisão preventiva). Aqui vige o princípio “onde não há acusador, não há juiz” ou *nemo iudex sine actore*, impondo ao juiz um distanciamento da atividade atribuída às partes, de forma a assegurar sua imparcialidade, como verdadeiro terceiro estranho à lide³⁶².

Toda essa estrutura acusatória também se projeta para a fase das investigações. Sendo a investigação um procedimento de esclarecimento de uma notícia de crime, destinado a permitir que o titular da ação penal decida se aquela notícia de crime possui ou não viabilidade de subsidiar uma acusação, e, portanto, um procedimento destinado a recolher os elementos de prova que permitam confirmar ou refutar essa notícia de crime, conclui-se que **o inquérito**

³⁶⁰ Rangel, 2009:96; E.P. Oliveira, 2009:49. Daí que o art. 16 do CPP deve ser relido à luz do art. 129, VIII, da CRFB/1988, pois o Ministério Público não mais requer ao juiz a realização de diligências pela Polícia, mas sim requisita diretamente à Polícia a realização de diligências; ver: M.P. Lima, 2008(v.1):149.

³⁶¹ Nesse sentido, o TEDH tem entendido que o Ministério Público não deve ter poderes de restrição de direitos fundamentais ou de imposição de obrigações restritivas de direitos, que sejam reservadas a autoridades judiciais, mesmo no caso de atuação fora do âmbito criminal: TEDH, 2011:5; TEDH, *Zlinsat, spol. s.r.o., vs. Bulgária*, n. 57785/00, § 78, 15 Jun. 2006. Sobre a necessidade de prévia decisão judicial para restrição de direitos fundamentais na fase investigativa, v. Martín Pastor, 2003:205.

³⁶² Respectivamente no texto: Roxin, 2000:86; M.F. Andrade, 2008:244; Ferrajoli, 2002:455. Acrescenta Ferrajoli que esse aparente “enfraquecimento” do juiz na iniciativa da ação penal é contrabalanceado com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pelo Ministério Público, como expressão do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei. É certo, todavia, que a obrigatoriedade da ação penal tem aceitado mitigações parciais em razão dos espaços de discricionariedade legalmente regrada, especialmente nas hipóteses de arquivamento por insignificância, nos espaços de consenso no processo penal e no próprio juízo de probabilidade de sucesso da persecução penal, que é privativo do Ministério Público. Sobre o reconhecimento desses espaços de diversão da resposta penal, ver Fernandes, 2001. Sobre a necessidade de reenquadrar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, ver E.C. Silva, 2010:122-124

policial é um procedimento destinado ao órgão de acusação³⁶³. O inquérito não é destinado ao juiz, mas ao Ministério Público. Ele visa subsidiar o Ministério Público a decidir se há ou não prova suficiente para se ajuizar a denúncia e, em seguida, poder desincumbir-se de seu ônus da prova de acusação em juízo, ou seja, saber onde estão as possíveis provas da prática do crime para poder produzir essas provas na presença do juiz, em contraditório com a defesa, de forma a possibilitar o êxito de sua pretensão punitiva. Nessa medida há um interesse direto do Ministério Público na eficiência das investigações, pois a forma de se conduzir uma investigação afeta diretamente o objeto da futura e eventual acusação, ditando suas chances de êxito ou fracasso³⁶⁴. As informações que estão no inquérito não são, em geral, prova, pois são produzidas de forma unilateral pela Polícia ou Ministério Público, fora da presença do juiz e sem a participação da defesa. Elas serão prova apenas para uma fase específica do processo penal: o recebimento da denúncia ou o deferimento de medidas cautelares investigativas submetidas à reserva de jurisdição (cf. art. 155 do CPP, com a redação da Lei n. 11.690/2008). Assim, como são inadmissíveis acusações temerárias, é essencial que toda acusação esteja minimamente respaldada em um substrato probatório para que possa ser recebida pelo juiz; portanto, o juiz, ao

³⁶³ A visão de que o Inquérito Policial é um procedimento destinado ao Ministério Público está reconhecido na jurisprudência do STF. Sobre o tema, conferir trecho do voto do Min. Celso de Mello (STF, HC 94173, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 27 out. 2009, DJe-223 27 nov. 2009, p. 12-14 do voto): “Todos sabemos que o inquérito policial, enquanto instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado, ordinariamente, a **subsidiar a atuação persecutória do próprio Ministério Público, que é** – nas hipóteses de ilícitos penais perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública – **o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária** (RTJ 168/896, rel. Min. Celso de Mello). Trata-se, desse modo, o inquérito policial, de valiosa peça informativa, cujos elementos instrutórios – precipuamente destinados ao órgão da acusação pública – visam a possibilitar a instauração da ‘persecutio criminis in iudicio’ pelo Ministério Público [...]. É certo, no entanto, que não obstante a presidência do inquérito policial incumba à autoridade policial (e não ao Ministério Público), nada impede que o órgão da acusação penal possa solicitar, à Polícia Judiciária, novos esclarecimentos, novos depoimentos ou novas diligências, sem prejuízo de poder acompanhar ele próprio os atos de investigação realizados pelos organismos policiais. Essa possibilidade – que ainda subsiste sob a égide do vigente ordenamento constitucional – foi bem reconhecida por este Supremo Tribunal Federal, quando esta Corte, no julgamento do RHC 66.176/SC, rel. Min. Carlos Madeira, ao reputar legítimo o oferecimento de denúncia baseada em investigações acompanhadas pelo promotor de justiça, salientou, no que se refere às relações entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, que este pode ‘requisitar a abertura de inquérito e a realização de diligências policiais, além de solicitar esclarecimentos ou novos elementos de convicção a quaisquer autoridades ou funcionários [...]’, competindo-lhe, ainda, ‘acompanhar atos investigatórios junto aos órgãos policiais’, embora não possa ‘intervir nos atos do inquérito e, muito menos, dirigi-lo, quando tem a presidi-lo a autoridade policial competente’ (RTJ 130/1053 – grifei). [...]” (grifo nosso). Indicando que o destinatário imediato do IP é o Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, ver Gomes Filho, 1997:144; Mirabete, 2002:76; Tourinho Filho, 2010(v.1):240; Mossin, 1998:169. J.F. Marques, 2009(v.2):121 e 126 já considerava o IP uma fase preparatória da ação penal, afirmando expressamente que “o inquérito, como conjunto de atos procedimentais, é o instrumento formal da investigação realizada pela Polícia Judiciária para instruir os órgãos da acusação”. Em posição mais antiga, defendendo que o juiz tinha liberdade de ação no IP e o Ministério Público não poderia nele interferir, ver Tornaghi, 1990:464.

³⁶⁴ Cuadrado Salinas, 2010:78.

receber a denúncia, deverá cotejar a acusação com as informações contidas no inquérito, analisando a viabilidade de sucesso da acusação se tais informações forem confirmadas em juízo. Superada essa fase inicial, toda a prova para a condenação deverá ser efetivamente produzida em juízo e sob contraditório³⁶⁵.

Sendo o inquérito um procedimento para a acusação, não cabe ao juiz determinar de ofício atos de investigação, pois nessa situação ele estaria cumulando duas funções inadmissíveis num sistema acusatório, mitigando de forma indelével sua imparcialidade tanto para ao controle das medidas restritivas de direitos fundamentais no curso das investigações, quanto para o posterior julgamento da causa. Portanto, a função central do juiz na fase das investigações é de árbitro imparcial da restrição de direitos fundamentais, ou seja, uma função de garantia. Isso porque é possível que sejam necessárias diversas formas de restrição de direitos fundamentais incidentais à atividade investigativa, como a prisão preventiva, buscas domiciliares, interceptações telefônicas, quebra de sigilos ligados à privacidade, decretação de sigilo da investigação (este cf. Lei n. 12.850/2013, art. 23), intervenções corporais qualificadas (Lei n. 12.037/2009 c/c Lei n. 12.654/2012) *etc.* Para a realização de tais atividades restritivas de direitos, será necessário a acusação recorrer ao juiz para que este defira sua realização. E essa garantia de reserva de jurisdição para a restrição de direitos fundamentais apenas será efetiva se o juiz realmente se mantiver imparcial, não se envolvendo com a atividade de investigação.

Quando o juiz defere, *v.g.*, uma interceptação telefônica isso ocorre não porque o juiz quer investigar os fatos, porque ele tem algum interesse processual em esclarecer a culpabilidade do investigado, mas sim porque os órgãos encarregados pela condução das investigações (a Polícia enquanto órgão auxiliar do futuro acusador e o futuro acusador enquanto

³⁶⁵ Segundo Lopes Jr., 2004:133, “os atos da investigação preliminar têm uma função endoprocedimental, no sentido de que sua eficácia é limitada, interna à fase. Servem para fundamentar as decisões interlocutórias tomadas no curso da investigação, formalizar a imputação, amparar eventual pedido de medidas cautelares ou outras medidas restritivas e para fundamentar a probabilidade do *fumus commissi delicti* que justificará o processo ou o não-processo”. Registramos, todavia, que algumas informações obtidas no inquérito configurarão efetivamente prova para a ação penal; é o caso dos documentos, já que serão obtidos unilateralmente pela parte e produzidos no processo mediante um requerimento de juntada aos autos, que, quando à acusação, ocorre implicitamente logo no ato do oferecimento da denúncia (já que os documentos estão no inquérito e este acompanha a denúncia), bem como é o caso das perícias urgentes produzidas na fase das investigações, que se revestem da qualidade de provas cautelares. Portanto, essa necessidade especial de produção da prova em juízo recai especialmente sobre a prova testemunhal e sobre os esclarecimentos adicionais às perícias. Sobre a necessidade de as informações do IP não subsidiarem eventual condenação, como forma de controle da atividade policial, *v. Gómez Colomer, 2004:107.*

órgão de controle da Polícia) desejam realizar tal atividade investigativa e o juiz avalia de forma imparcial que a pretensão de realizar a diligência investigativa com restrição de direitos fundamentais é juridicamente admissível no caso concreto. Atua, portanto, como árbitro imparcial da legalidade da pretensão de realização da diligência investigativa restritiva de direitos fundamentais e não como interessado processual no sucesso da diligência investigativa. Essa perspectiva foi reforçada pela Lei n. 12.850/2013, art. 4º, § 6º, segundo o qual o juiz não poderá participar das negociações para se entabular acordo de colaboração premiada, pois esse acordo está diretamente relacionado com a atividade investigação de outros crimes.

Em síntese: juiz que investiga envolve-se psicologicamente com a tese investigada e perde a imparcialidade de reconhecer que a tese investigada eventualmente carece de fundamento (já que é ele mesmo quem está investigando) e, portanto, admitir uma atividade de investigação pelo juiz responsável pela restrição de direitos fundamentais configura um enfraquecimento do sistema de proteção desses direitos fundamentais. Se o juiz pudesse investigar, seria necessário que se criasse um segundo juiz para decidir de forma imparcial sobre as restrições de direitos fundamentais na fase das investigações, o que acaba se mostrando um contra-senso³⁶⁶. Assim, o sistema de garantias na fase das investigações se consolida com o Ministério Público enquanto órgão de fiscalização dos interesses da sociedade, zelando para a adequada coleta do material investigativo, destinada a subsidiar a sua decisão sobre o ajuizamento da ação penal, incluindo-se nessa atividade investigativa a postulação em juízo para a produção dos atos de investigação que restrinjam direitos fundamentais e o juiz enquanto órgão imparcial de decisão sobre tais postulações de medidas cautelares investigativas, sobre os eventuais requerimentos de produção antecipada de prova e sobre o posterior recebimento da acusação. Não cabe ao juiz fiscalizar se os interesses da sociedade estão sendo bem defendidos na fase das investigações, pois sua função é exercer a jurisdição e aqui ainda não se trata de jurisdição; sua função será assegurar que o investigado não seja submetido a restrições indevidas a seus direitos fundamentais, ou, ao contrário, permitir que a acusação realize as diligências investigativas de seu interesse, ainda que restritivas de direitos fundamentais, apenas nas

Sobre o conceito de prova penal e essa distinção indicada quanto aos documentos e perícias, ver Ávila, 2007:82-86.

³⁶⁶ Como as reformas processuais penais na França, que estão retirando das mãos do juiz de instrução os poderes de deferir a prisão e a transferindo para as mãos do juiz das liberdades e da detenção. Ver acima, item 3.1.5.1.

hipóteses em que estiverem presentes os requisitos que as legitimam. O juiz na fase investigativa é, portanto, um guardião das liberdades³⁶⁷.

Como consequência dessas considerações, verifica-se que não é lícito ao juiz determinar a abertura de investigações, determinar a realização de diligências investigativas (ouitiva testemunhas, interrogatório de suspeitos, ou ainda indicar as perguntas que deseja ver esclarecidas), determinar de ofício interceptação telefônica, buscas domiciliares, requisitar a juntada de documentos para comprovar os fatos, indicar de ofício a realização de perícias ou ainda determinar a realização de produção antecipada de provas na fase investigativa, determinar de ofício da prisão preventiva ou temporária na fase das investigações, ou indicar linhas investigativas. A postura do juiz na fase investigativa é a de que não pode investigar, apenas poderá agir mediante um requerimento específico do Ministério Público, para o deferimento ou não das medidas restritivas de direitos fundamentais pleiteadas. Obviamente, havendo um requerimento de medida restritiva de direitos fundamentais pelo Ministério Público, o juiz poderá considerar que as informações contidas no inquérito que subsidiam tal requerimento não são suficientes para justificar a restrição a direitos fundamentais pleiteada e, portanto, poderá indeferir o pedido, indicando quais outras diligências deveriam ser realizadas antes do deferimento do pedido (para justificar o suporte indiciário mínimo ou para demonstrar o exaurimento de outras vias investigativas – uma expressão do princípio da necessidade como inexistência de outro meio menos gravoso). Mas, ainda assim, a responsabilidade pela produção dessas medidas investigativas faltantes para o deferimento das diligências investigativas restritivas de direitos fundamentais retorna para a responsabilidade do Ministério Público, não sendo responsabilidade do juiz recolher os elementos que faltam para poder em seguida deferir o pedido feito pelo Ministério Público na fase investigativa, pois tal importaria novamente em conceder poderes investigativos ao juiz.

³⁶⁷ Para uma ampla revisão da posição do juiz na fase das investigações, enquanto árbitro imparcial das medidas restritivas de direitos fundamentais, v. Mata-Mouros, 2011. Ela destaca que muitas vezes o juiz das liberdades acaba atuando como um colaborador do Ministério Público, diante das diversas medidas investigativas restritivas sucessivamente solicitadas e dos pressupostos legais relativamente genéricos, indicando a relevância das garantias procedimentais de controle dessas diligências restritivas e da eventual necessidade de um segundo árbitro contra o controle judicial. Para uma crítica das propostas brasileiras de criação de um “juiz das garantias”, especialmente a crítica ao impedimento do juiz da fase do inquérito para atuar no julgamento e à função de controle da direção das investigações, v. M.F. Andrade, 2011.

Finalmente, não cabe ao juiz decidir sobre o ajuizamento ou não da ação penal. Portanto, se o Ministério Público entende que ainda não há elementos suficientes para a propositura da ação penal, não cabe ao juiz divergir do Ministério Público e procurar obrigar o Ministério Público a já ajuizar a ação penal, pois nessa situação ele estaria substituindo-se ao *dominus litis* e formulando ele mesmo uma *opinio delicti* para o ajuizamento da ação penal. Assim, não cabe ao juiz indeferir a realização das diligências complementares requisitadas pelo Ministério Público à Polícia ao argumento de que já há prova suficiente para o ajuizamento da ação penal³⁶⁸, nem cabe nessa situação aplicação do art. 28 do CP, pois tal dispositivo é limitado à hipótese de o Ministério Público solicitar o arquivamento das investigações e não quando o Ministério Público solicita a continuidade das diligências investigativas (ainda assim de constitucionalidade discutível). Vale lembrar que a função estrutural do juiz na fase investigativa não é a de fiscal dos interesses da sociedade, mas a de guardião da liberdade quando houver pedidos de diligências investigativas restritivas de direitos fundamentais.

O relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia é um relacionamento de coadjuvância, sendo a Polícia um órgão auxiliar do acusador, com a função institucional de recolher os elementos de informação necessários para esclarecer uma notícia de crime e subsidiar a decisão do Ministério Público de arquivar uma notícia de crime ou de oferecer a acusação e iniciar a ação penal. A ação policial é, portanto, direcionada ao interesse processual do Ministério Público, ainda que se reconheça que tanto a Polícia quanto o Ministério Público não possuem um compromisso com a condenação a qualquer custo (ainda que de inocentes), mas com a descoberta da verdade (uma verdade processualmente admissível, com a maior aproximação possível com a

³⁶⁸ Nesse sentido: STJ, REsp 273.766/RS, rel. MIn. Gilson Dipp, 5ª T., j. 7 maio 2002, DJ 3 jun. 2002, p. 239. O caso concreto referia-se a situação em que o Ministério Público solicitou ao juiz que expedisse uma requisição de documentos a determinada instituição, e o juiz indeferiu ao argumento de que o próprio Ministério Público teria poderes de efetuar tal requisição; houve impugnação, ao argumento de que o Ministério Público não teria estrutura para realizar tais requisições, tendo o STJ concluído que, se a diligência solicitada pelo Ministério Público não era procrastinatória, o seu atendimento pelo juiz seria obrigatório. Apesar de correta a lógica (o juiz não pode indeferir diligências investigatórias solicitadas pelo Ministério Público), a atuação do Ministério Público no caso não privilegiou sua posição enquanto titular do direito de recolher as informações preliminares necessárias ao oferecimento da denúncia (realmente não deveria o Ministério Público solicitar ao juiz que expedisse requisição de documentos, deveria ele mesmo expedir tal requisição, equipando-se de forma suficientemente adequada para exercer sua função constitucional). Nem mesmo no caso de investigação de autoridades com foro por prerrogativa de função pode a requisição do Ministério Público de instauração de inquérito estar subordinada à homologação pelo Tribunal; conferir: STJ, AgRg na NC .317/PE, rel. MIn. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, j. 16 jun. 2004, DJ 23 maio 2005, p. 118.

realidade)³⁶⁹. Na visão de Ferrajoli, criar uma Polícia não subordinada ao Ministério Público seria tão anti-garantista quanto atribuir poderes de investigação ao juiz³⁷⁰. Abordaremos novamente esse tema do relacionamento entre Ministério Público e Polícia mais adiante³⁷¹.

Quanto ao investigado, sua posição na investigação não pode ser a de um mero objeto da investigação, mas deve ser necessariamente a de um sujeito de direitos³⁷². Isso importa em reconhecer um leque de direitos ao investigado e de instituir as respectivas garantias para proteção desses direitos. Entre os principais estão o direito à preservação de sua incolumidade física e psíquica (expressão mais elevada de respeito à dignidade humana e, portanto, da vedação de instrumentalização do ser humano), o direito de dar sua versão dos fatos antes de ser decidido o ajuizamento da denúncia e especialmente para se ultimar a lavratura do auto de prisão em flagrante (autodefesa positiva), o direito ao silêncio durante o interrogatório (autodefesa negativa), o direito de ter a faculdade participar, quando possível, das provas irrepetíveis

³⁶⁹ Sobre o falso dilema entre verdade material e verdade formal (ou verdade real e processual), ver nossas considerações em Ávila, 2007:73-80.

³⁷⁰ Na visão de Ferrajoli, o juiz deve afastar-se das atividades de investigação criminal e a Polícia Judiciária deve estar subordinada ao Ministério Público, bem como deve-se conceder poderes de investigação à defesa; todavia, a Polícia não pode ser independente do Ministério Público como uma garantia contra inquisições orientadas pelo Poder Executivo. Conferir: “É necessário, antes de tudo, que a função judicial não seja minimamente contaminada pela promiscuidade entre os juízes e os órgãos de polícia, sendo que estes últimos devem ter relações – de dependência – unicamente com a acusação pública. [...] A segunda condição concerne à defesa, que deve ser dotada da mesma dignidade e dos mesmos poderes de investigação do Ministério Público. [...] Dotado dos mesmos poderes da acusação pública sobre a Polícia Judiciária [...]”; Ferrajoli, 2002:466-467. E nas notas de rodapé respectivas, acrescenta Ferrajoli (2002:525, nota n. 186), citando Carrara, que se o condutor das investigações estiver numa relação de dependência com o Poder Executivo ele será sempre visto como um inquisidor, sendo que a garantia de imparcialidade das investigações criminais é que elas sejam conduzidas por um Ministério Público independente, que é “sempre indiferente aos resultados das duas pesquisas, contanto que tais resultados se mostrem conformes à verdade exterior”. O ponto que Ferrajoli critica em relação ao Ministério Público, eventualmente assimilando-o a um inquisidor, é quando ele tem o poder de realizar restrições de direitos fundamentais, ou o poder de conduzir diretamente a fase judicial de produção da prova, ambas funções do juiz, e não a condução da fase preliminar de investigação, já que, em seu pensamento, um sistema garantista exige que a Polícia esteja em dependência concomitante da “magistratura de acusação” e da “magistratura de defesa”. Em outros trechos referido autor critica ferrenhamente a possibilidade de a Polícia conduzir investigações sem a direção do Ministério Público, como uma forma de “instrução policialesca” (2002:638), concluindo ser essencial a participação do Ministério Público na fase investigativa. Mais desenvolvidamente sobre a posição de Ferrajoli, ver Ávila, 2013. Em sentido semelhante, Espina Ramos, 2008:413, argumenta que “a atribuição ao Ministério Público da investigação não apenas não afeta negativamente aos principais gerais, mas, se levada a cabo com as adequadas garantias, pode inclusive ajudar a reforçá-los”.

³⁷¹ Ver abaixo, subseção 3.2.4.

³⁷² Sobre a relevância da proteção aos direitos do investigado, já falava J.F. Dias, 2004:428: “diz-me como tratas o arguido [investigado], dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”. O reconhecimento do investigado como sujeito não retira a possibilidade de eventualmente o corpo do investigado ser uma fonte de prova tanto material (com as eventuais declarações voluntárias autoincriminadoras – a confissão) quanto formal, estando sujeito a exames para documentar os vestígios do crime ou relevantes para ao esclarecimento do crime,

produzidas na fase das investigações (v.g., perícias³⁷³), o direito de constituir um defensor e de ter conhecimento das peças de informação contidas no inquérito (um direito de defesa e de ciência mitigado³⁷⁴), o direito de impugnar as medidas eventualmente ilegais restritivas de seus direitos fundamentais (especialmente mediante o *habeas corpus*), o direito de requerer o desentranhamento das provas obtidas por meios ilícitos, o direito de formular requerimento de medidas investigativas favoráveis à defesa e de conduzir diretamente atos investigativos ligados ao interesse da defesa (investigação defensiva³⁷⁵). Esse conjunto de direitos, ainda que não constituam a plenitude dos direitos de defesa reconhecidos na fase do julgamento³⁷⁶, já conferem ao investigado um estatuto de proteção jurídica contra o abuso de poder dos órgãos ligados aos interesses da acusação (Ministério Público e Polícia) e abre-lhe a possibilidade de recorrer ao Judiciário para fazer valer tais direitos ainda na fase das investigações³⁷⁷.

ainda que sob coação física; esse último tema tangencia as chamadas intervenções corporais, que analisaremos infra, na subseção 4.7.3.

³⁷³ A não concessão da possibilidade de o investigado participar de provas irrepetíveis na fase das investigações constitui, na expressão de J.F. Dias, 2004:433, uma limitação insuportável do direito de presença, de legitimidade constitucional mais que duvidosa.

³⁷⁴ Aqui chamamos de direito de ciência mitigado, pois ele não possui a mesma amplitude que na fase judicial. Enquanto a publicidade deve ser ativa na fase judicial (direito de ser intimado dos atos processuais), ela é meramente passiva na fase inquisitorial (apesar de não ter o direito de ser previamente intimado, caso tome conhecimento da prática do ato poderá solicitar a participação na diligência ou a posterior a vista dos autos). Também o denominamos como mitigado, pois entendemos que na fase das investigações seria possível uma mitigação do direito de vista dos autos (decretação de sigilo) em situações excepcionálíssimas em que o prévio conhecimento das diligências frustraria sua realização, como no caso das interceptações telefônicas, buscas domiciliárias ou mesmo outras diligências.

³⁷⁵ Sobre a investigação criminal defensiva no sistema brasileiro, ver A.A. Machado, 2010 (destacando especialmente que diante das situações de contraditório prévio, a defesa teria a necessidade de esclarecer quais são os possíveis meios de prova que possui a seu favor). O paradigma tradicional de investigação defensiva é o da Itália, que regulamentou tal tema nos art. 327-bis e art. 391-bis a art. 391-decies de seu CPP (incluídos pela Lei n. 397/2000); para o tema na Itália, ver Lorusso, 2009; Tonini, 2009:554-586. Na Alemanha, v. Roxin, 2007:155. No Brasil, cremos que assiste ao defensor o direito de entrevistar-se com possíveis testemunhas de interesse da defesa e de contactar com possíveis peritos particulares para atuarem como assistentes técnicos; já quanto a buscas domiciliárias ou interceptações telefônicas, elas estão subordinadas à realização pelo defensor de um pedido nos autos do inquérito e, em caso de indeferimento indevido, lhe assistiria a faculdade de impugnar tal decisão mediante mandado de segurança (em verdade, o sistema processual penal brasileiro deveria prever a possibilidade de um mero recurso para o próprio juiz criminal, já que o mandado de segurança será distribuído ao juiz com competência para julgar tal ação mandamental, que normalmente não é o mesmo juiz criminal).

³⁷⁶ Por exemplo, o direito de presença obrigatória a todos os atos do processo não se expressa na fase das investigações, e a publicidade sofre sérias restrições ante a necessidade de eficácia das diligências investigativas que dependam do segredo para serem alcançadas (como as buscas domiciliárias e interceptações telefônicas, que dependem do efeito surpresa). Ainda assim, podemos questionar a conveniência de se estender à fase das investigações a obrigação de o investigado estar assistido por um advogado quando de suas manifestações (v.g., quando de seu interrogatório). Nesse sentido: Choukr, 2009b:74-77; Gomes Filho, 1997:150; Lopes Jr., 2003:338; Tucci, 2004:349-361; Santin, 2007:179-182. Sobre esse tema, ver infra, subseção 4.3.4.

³⁷⁷ A. S. Fernandes, 2002:99-142, denomina essa participação da defesa ainda na fase das investigações de uma “reação defensiva à imputação em sentido amplo”.

Finalmente, a vítima é reconhecida na fase das investigações também como um sujeito de direitos. O Estado, ao assumir para si a responsabilidade de investigar os crimes e assegurar a responsabilização criminal daqueles que violam as leis penais, retirou da vítima a possibilidade de realizar a vingança particular, mas atribuiu-lhe, por outro lado, um direito a que o Estado seja eficiente na concretização desse seu dever de proteção penal, que emana, em última análise de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais (enquanto mandados de proteção contra agressões de terceiros)³⁷⁸. Há, portanto, uma proibição de que o Estado seja ineficiente na proteção dos interesses de seus cidadãos, surgindo para a vítima um direito a que a atividade investigativa seja desenvolvida de forma adequada, eficiente. Uma atividade investigativa ineficiente é um risco ao próprio Estado de que sua função de pacificação social mediante o direito penal não seja alcançada, pois pode fomentar reações informais de violência como forma de penalização extra-estatal contra os autores do crime³⁷⁹.

A vítima, apesar de ainda não poder participar ativamente da atividade investigativa, pois sua admissão como assistente da acusação apenas existe após uma acusação, portanto após o término da fase investigativa (CPP, art. 268), possui o direito de fiscalizar o resultado da atividade investigativa e de receber as informações relevantes para a defesa de seus interesses. Ela poderá formular requerimentos de diligências, ainda que não lhe seja conferido um direito, judicialmente tutelável, à realização das diligências eventualmente indeferidas pela autoridade (CPP, art. 14). Nessa situação, se o delegado de polícia indeferir a diligência, será faticamente possível que a vítima formule o requerimento ao Ministério Público, o qual poderá determinar a diligência. Entre o direito de informação no âmbito da investigação criminal, está o direito de a vítima ser comunicada da prisão ou soltura do seu agressor (CPP, art. 201, § 2º e Lei n. 11.340/2006, art. 21, que se aplicam obviamente à fase investigativa por ser aí exatamente o momento mais usual da prisão do agressor).

Quanto à fiscalização do resultado da atividade acusatória na fase das investigações, a própria Constituição Federal reconhece à vítima o direito à ação penal privada subsidiária da pública (CRFB/1988, art. 5º, LIX), a ser exercida no caso de omissão do Ministério

³⁷⁸ Sobre essa perspectiva do direito penal enquanto expressão de um dever de proteção de direitos fundamentais e sua relação com a proibição de insuficiência e de excesso, ver nosso trabalho: Ávila. 2007:44-70.

³⁷⁹ Destacando tais aspectos: Zipf, 1979:130. Ferrajoli, 2002:267-270, destaca que uma das finalidades do direito penal é também evitar as reações informais de violência contra o crime.

Público no cumprimento de seu prazo de manifestar-se sobre o destino da atividade de investigação (CPP, art. 29)³⁸⁰. Caso a vítima verifique alguma omissão da autoridade policial no desenvolvimento da atividade investigativa, ela também poderá utilizar-se de uma representação (aqui perspectivada como exercício do direito de petição) ao Ministério Público, para que sejam supridas as omissões da Polícia (v.g., a Polícia se recusa a receber a comunicação do crime da vítima, a Polícia recebe a comunicação do crime mas não instaura um inquérito para investigar, uma demora desarrazoada na condução da atividade investigativa). Apesar de não haver previsão legal, entendemos que o sistema de direitos fundamentais, em especial o princípio da eficiência da Administração Pública (CRFB/1988, art. 37, *caput*), o direito de petição em defesa de direitos (CRFB/1988, art. 5º, XXXIV, “a”) e o direito de receber informações para o esclarecimento de situações de interesse pessoal (CRFB/1988, art. 5º, XXXIV, “b”), todos esses dispositivos permitem a conclusão de que a vítima possui um direito a ter um atendimento digno das autoridades encarregadas da investigação criminal (visão da atividade de investigação como um serviço público, a ser prestado com qualidade à população). Portanto, se a vítima procurar as autoridades encarregadas da investigação criminal para obter informações sobre o andamento das investigações ela deve ser recebida com dignidade e deverá receber as informações que sejam possíveis de ser transmitidas sem o risco de colocar em risco a atividade investigativa. Nesse ponto, não se deve negligenciar o grave envolvimento psicológico a que as vítimas de crimes estão submetidas (especialmente no caso de familiares de vítima fatal) e o conforto que pode significar saber que os órgãos estatais estão desempenhando a contento suas obrigações legais. Esse interesse da vítima se manifesta especialmente no caso de medidas protetivas penais à vítima, que ainda se encontra sob ameaça de novas agressões pelo investigado, surgindo para a vítima o direito a que o Estado seja eficiente em assegurar-lhe proteção (mediante a prisão preventiva, ou mediante medidas cautelares alternativas como a proibição de contato com a vítima ou proibição de frequentar determinados lugares – CPP, art. 319, II e III e Lei n. 11.340/2006, art. 22).

³⁸⁰ Essa legitimidade não permite, todavia, ao assistente da acusação oferecer aditamento à denúncia do Ministério Público, por ser este titular exclusivo da ação penal; ver: STF, Plenário, Pet 1.030, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24 abr. 1996, DJ 1º jul. 1996; STF, HC 102.085, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10 jun. 2010, DJE 27 ago. 2010.

3.2.3 Quem é o titular do direito de investigar no Brasil?

Há uma afirmação doutrinária recorrente de que a CRFB/1988 atribuiu a exclusividade da função investigatória à Polícia e que o delegado de polícia é quem preside a atividade de investigação³⁸¹. Todavia, uma análise atenta do contexto de direito comparado e do próprio texto constitucional brasileiro não permite essa conclusão de forma extremada.

Em Portugal, o art. 272 regulamenta a função de polícia, dentro do título da administração pública, encarregando-a das funções de defender a legalidade democrática e de garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos. Todavia, afirma em seu apartado 2 que as medidas cautelares de polícia serão definidas em lei, indicando que as medidas investigativas feitas pela Polícia possuem um caráter cautelar, de antecipação de uma ação em nome do interesse de outrem. Por outro lado, o art. 219.1 estabelece que ao Ministério Público incumbe participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania e exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

Na Espanha, o art. 126 da Constituição Espanhola estabelece que “a polícia judicial depende dos juízes, dos Tribunais e do Ministério Público em suas funções de averiguação do delito, e de descobrimento e detenção do delinquente, nos termos que a Lei estabeleça”. Portanto, a constituição espanhola já destaca em seu texto a dependência da Polícia ao Sistema de Justiça, indicando que a função investigativa não é autônoma, mas necessariamente vinculada aos interesses da justiça.

Na Itália, o art. 109 da Constituição estabelece que “a autoridade judiciária dispõe diretamente da polícia judiciária”.

As constituições da França e Alemanha não regulamentam o exercício da atividade de polícia investigativa³⁸². Todavia, os respectivos CPP's atribuem o exercício da

³⁸¹ Indicando que normalmente a presidência do inquérito compete à autoridade policial, ou seja, o delegado de polícia, ver Tourinho, 2010(v.1):244; M.M. Barbosa, 2011:35; Nucci, 2008:76; Cabette, 2011; Trindade, 2012: cap. 2.15.

³⁸² A Constituição francesa regulamenta o estatuto das autoridades judiciárias, da magistratura e do Ministério Público, em seus art. 64 e 65. Todavia, não disciplina o exercício da atividade policial nem a estrutura de condução das investigações criminais. Na Alemanha, o art. 73.10 da Lei Fundamental (Grundgesetz) estabelece a competência federal para a criação de uma Polícia Federal Criminal e ações internacionais para o combate do crime e o art. 87.1 prevê a criação de uma Polícia Federal de Fronteiras, com competências preventivas e

atividade de investigação ao controle do Ministério Público (ou, no caso da França, também em parte ao juiz de instrução).

Em todos os países analisados, a Polícia de investigação não possui autonomia de ação, ao contrário, suas ações de investigação são feitas sempre sob o controle de um órgão do Sistema de Justiça (juiz de instrução ou Ministério Público). É exatamente por isso que ela é chamada de Polícia Judiciária, ou seja, a Polícia que trabalha para os interesses e sob a direção da Justiça Criminal.

Já o texto constitucional brasileiro prevê em dois parágrafos distintos do seu art. 144 as competências da Polícia Federal e da Polícia Civil. Conferir:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. [...]

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Constata-se, em uma primeira análise, que em momento algum o texto constitucional brasileiro prevê que a condução do inquérito será necessariamente policial. Em ambos os dispositivos há previsão de que a Polícia (Federal e Civil) possui competência para a apuração de infrações penais e exercerão as funções de polícia judiciária (uma disjunção indicativa de que, para o texto constitucional, essas duas funções seriam distintas). Ainda assim o fato de indicarem que a Polícia realiza a apuração das infrações penais não significa que tais

criminais, quanto a ações de uso da força que afetem a segurança externa da Alemanha. Mas não há disciplina constitucional específica sobre a titularidade da condução das investigações.

atividades sejam exercidas fora de quaisquer mecanismos de controle, e que a condução de tais atividades esteja exclusivamente no domínio da atividade policial.

Aliás, a CRFB/1988 utiliza a expressão “inquérito policial” em uma única passagem, apenas no art. 129, VIII, quando afirma que o Ministério Público poderá requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (logo na sequência do dispositivo anterior, que prevê que o Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial). Essa passagem é eloquente, pois permite ao menos três conclusões relevantes:

(i) A Constituição admite a existência de um inquérito conduzido pela polícia de investigação, ou seja, admite implicitamente que a Polícia poderá ter algum nível de iniciativa *ex officio* na condução de investigações. Essa primeira conclusão é relevante por afastar uma eventual arguição de incompatibilidade da CRFB/1988 com a possibilidade de um inquérito conduzido em nível policial, incompatibilidade que existe em outros países, mas que, como visto, não existe no Brasil³⁸³. Ao contrário, se a própria constituição admite que o Ministério Público pode requisitar à Polícia a instauração de IP, isso significa que a Constituição admite uma investigação que não está sendo diretamente realizada pelo Ministério Público (ainda que tenha requisitado a instauração do IP e já indicado as diligências iniciais que entende pertinentes); ou seja, a tese que certo setor mais extremado dentro do próprio Ministério Público advoga de que, no Brasil, nenhuma investigação deveria ser conduzida pela Polícia mas deveriam ser sempre conduzidas pelo Ministério Público de forma direta, encontra obstáculo na própria Constituição, que admite que o Ministério Público requirite à Polícia a instauração de um inquérito que é policial³⁸⁴.

(ii) A única vez que a Constituição fala de inquérito policial é para indicar que esse inquérito contará obrigatoriamente com a intervenção do Ministério Público, seja para requisitar sua instauração inicial, seja para requisitar em seu curso a realização de diligências investigativas. Se a CRFB/1988 admite que o Ministério Público requirite diligências de investigação no inquérito policial, é porque esse inquérito policial deve ser submetido ao

³⁸³ Ademais, o art. 5º, LXIV, prevê que o preso possui o direito à identificação do responsável por seu interrogatório policial, admitindo-se implicitamente que existe um interrogatório que pode ser realizado pela Polícia. Todavia, esse dispositivo não afirma que todos os interrogatórios na fase investigativa deverão ser necessariamente realizados pela Polícia, apenas que, se o forem, haverá o direito ao preso de identificar seu responsável.

³⁸⁴ Com essas críticas, ver M.F. Andrade, 2006:254.

Ministério Público; em outras palavras, para assegurar a efetividade do dispositivo constitucional, é essencial que o inquérito policial não deixe de ser apresentado ao Ministério Público para que este possa requisitar as diligências investigativas necessárias. De forma mais clara: as investigações conduzidas pela Polícia não podem realizar-se fora do controle realizado pelo Ministério Público. Obviamente, essa prerrogativa de requisitar diligências investigativas no inquérito policial está associada à necessidade de dar efetividade à previsão do art. 129, I, segundo o qual o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal, mas também está associada à necessidade de realizar-se o controle externo da atividade policial, ou seja, a atividade policial deve ser necessariamente controlada. Portanto, apesar de a Constituição prever a possibilidade de existência de um inquérito policial, o poder de condução dessas investigações não pertence em absoluto à autoridade policial, pois tudo o que for realizado pela Polícia deve ser necessariamente apresentado ao Ministério Público, o qual também poderá requisitar diligências investigativas³⁸⁵.

(iii) No único dispositivo que fala da existência de um inquérito policial, a Constituição não esclarece quem é a autoridade que deverá instaurá-lo (apenas que o Ministério Público poderá requisitar sua instauração), quais são as diligências que podem ser realizadas diretamente pela Polícia (e quais outras que seriam eventualmente reservadas a outras autoridades), nem quando será o momento em que o Ministério Público será comunicado da existência da investigação policial para poder exercer sua prerrogativa constitucional de requisitar outras diligências. Diante da omissão constitucional, deve-se entender que houve a delegação da regulamentação desses pontos ao legislador infraconstitucional, o qual, todavia, não poderá em sua regulamentação virtualmente inviabilizar nem a possibilidade de a Polícia ser efetiva na apuração das infrações penais, nem a necessidade de o Ministério Público ter o efetivo controle dessas atividades, seja para assegurar o exercício da ação penal, seja para fiscalizar a atividade policial e evitar a prática de irregularidades. É perfeitamente admissível que se interprete que a expressão constitucional “instauração de inquérito policial” significa a requisição pelo Ministério Público de realização de uma sucessão de atos investigativos pela polícia de investigação.

³⁸⁵ Indicando que a postura do Ministério Público na fase das investigações não pode ser de inércia, mas de acompanhamento ativo: M.P. Lima, 2007:30.

Nos demais dispositivos, a CRFB/1988 utiliza a expressão inquérito como sinônimo de investigação: no art. 58, § 3º para referir-se às comissões parlamentares de inquérito e no art. 109, § 5º para referir-se ao incidente de deslocamento da competência para a Justiça Federal no caso de violações graves de direitos humanos. Esse último art. 109, § 5º, é interessante, pois ao referir-se à fase da investigação, não utiliza necessariamente a expressão “inquérito policial” mas apenas a expressão “inquérito”, indicando que “inquérito” é um gênero de investigação e que o “inquérito policial” é uma de suas espécies.

Ademais, quando a CRFB/1988 se refere à atribuição da Polícia Civil e Federal para atuar na investigação criminal, afirma que compete-lhes a “apuração das infrações penais”, e não a condução privativa da fase investigativa.

Um dos argumentos para concluir que o delegado de polícia não é titular absoluto do direito de investigar consiste no reconhecimento de que o destino da investigação não está nas mãos do delegado. Mesmo que o delegado de polícia queira continuar uma investigação, se o Ministério Público entender que o fato é atípico ou que não há qualquer prova suficiente e, portanto, promover o arquivamento das investigações, o delegado não poderá continuar nas investigações. Ademais, ainda que o delegado de polícia entenda que não há elementos suficientes para a continuidade das investigações e que seria o caso de arquivamento, ele não pode decidir sobre o arquivamento do inquérito, ele é expressamente proibido de fazê-lo, conforme o art. 17 do CPP brasileiro. Finalmente, se o Ministério Público entende que há indícios suficientes para o oferecimento da denúncia, todavia o delegado de polícia entende que ainda há algum ponto específico que mereceria algum esclarecimento adicional, nada impede o Ministério Público de oferecer denúncia antes da Polícia declarar concluídas as diligências, mediante a elaboração do relatório final, pois essa peça é absolutamente dispensável para o oferecimento da denúncia³⁸⁶. Vê-se claramente que o delegado de polícia não pode arquivar uma investigação e não pode continuar a investigar sem que haja uma manifestação do Ministério Público. As diligências requisitadas pelo Ministério Público não podem ser denegadas pelo delegado de

³⁸⁶ Entre inúmeros outros: STF, Plenário, Inq 2.677, rel. Min. Ayres Britto, j. 12 ago. 2010, DJE 22 out. 2010; STF, 2ª T., RE 468.523, rel. Min. Ellen Gracie, j. 1º dez. 2009, DJE 19 fev. 2010; STF, 2ª T., HC 93639, rel. Min. Eros Grau, j. 16 dez. 2008, DJe-152 13 ago. 2009; STF, Plenário, Inq 2.245, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28 ago. 2007, DJ 9 nov. 2007.

polícia, que é obrigado a realizá-las (CPP, art. 13, II). Portanto, não se pode dizer que ele é o titular absoluto da condução de uma investigação.

Apesar de, no Brasil, o inquérito policial não ser instaurado diretamente pelo Ministério Público, mas sim ser o delegado de polícia a autoridade que instaura o inquérito (pois, como o nome diz, o inquérito é policial, ou seja, trata-se de uma investigação iniciada e materialmente conduzida pela Polícia), o sistema arquitetado pelo CPP brasileiro de 1941 não permite a conclusão de que o delegado de polícia é pleno titular do direito de investigar. Ao contrário, o sistema do código impõe que, assim que tomado conhecimento do crime haja instauração do inquérito policial, que a Polícia tenha a “liberdade” de realizar diligências investigatórias por um período de até 30 dias (em caso de investigado solto) sem a obrigatoriedade de acompanhamento do Ministério Público, e presumindo-se que tais diligências são realizadas no interesse do Ministério Público, para que, após esse prazo inicial, o Ministério Público seja comunicado das informações recolhidas pela Polícia e assuma a direção indireta de quais outras diligências ainda são necessárias para complementar o material informativo e permitir o ajuizamento da ação penal. Ao assumir essa direção posterior das investigações, o Ministério Público poderá utilizar-se de requisições genéricas (que a Polícia continue envidando as diligências já delineadas na portaria inicial de instauração do inquérito policial para elucidar o crime) ou poderá utilizar-se de requisições específicas, indicando concretamente quais são as diligências necessárias para subsidiar a sua decisão de acusação.

No Brasil o Ministério Público não dirige diretamente o inquérito, pois a realização dos atos de inquérito policial é afeto à autoridade policial; todavia, *o Ministério Público brasileiro dirige indiretamente o inquérito policial*, mediante suas requisições de diligências, que são de atendimento obrigatório pelo delegado de polícia e que configuram uma manifestação concreta da necessidade de zelar pela lisura no recolhimento de informações investigativas para assegurar o exercício da ação penal. O fato de, no Brasil, não haver uma disciplina legal explícita das situações de conflitos de atribuição entre delegado de polícia e membro do Ministério Público não elide essa regra clara de que a investigação é feita para subsidiar uma acusação e, portanto, o titular do direito de acusar possui o poder implícito de acompanhar as investigações e dirigir-lhe os rumos para subsidiar sua atuação (a solução está

implícita no sistema, e especialmente na relação de dependência funcional da Polícia às requisições do Ministério Público).

Dessa forma, quando a CRFB/1988 fala em “inquérito policial” em seu art. 129, VIII, deve-se entender por esse instituto jurídico o conjunto de atos investigativos realizados pela Polícia de investigação com a finalidade de elucidar a autoria e materialidade de um crime; atos de investigação realizados pela Polícia, seja por iniciativa própria, seja mediante requisição do Ministério Público, mas sempre mediante o acompanhamento obrigatório do Ministério Público e feitos no interesse institucional de subsidiar a decisão do Ministério Público sobre o destino daquela investigação (arquivamento ou acusação).

Esse tema foi analisado no âmbito legislativo pelo Senado Federal quando da votação da PEC n. 20/2006, de autoria do senador Pedro Simon, que propunha alterar o art. 129, VII da CRFB/1988, para atribuir expressamente ao Ministério Público a direção da atividade de investigação criminal. Na votação, apesar de se reconhecer a conveniência de o Ministério Público poder dirigir os rumos da investigação, entendeu-se que não era necessária uma alteração desse tipo, pois o sistema constitucional brasileiro já atribuía ao Ministério Público a possibilidade de dirigir de forma remota os rumos da atividade de investigação, mediante o instituto da requisição de diligências. Assim, a proposta foi rejeitada não porque a ideia de direção da investigação pelo Ministério Público não era conveniente, mas porque se considerou que já havia instrumentos processuais suficientes para concretizar essa direção³⁸⁷.

³⁸⁷ Vale conferir a argumentação do relator, senador Marconi Perillo proferida em relação a referida PEC n. 20/2006, na CCJ do Senado Federal, em 1 set. 2010: “Por sua vez, a proposta da PEC nº 20, de 2006, é interessante: busca levar a racionalidade judicial para o procedimento administrativo de investigação. O promotor de Justiça, sabendo do que precisa para propor uma ação penal e provocar um efeito jurídico vinculante, pode direcionar o inquérito policial, otimizando o procedimento. Como bem colocou o penalista espanhol Perfecto Andrés Ibañez, hipóteses de acusação no processo penal são apenas afirmações que, *prima facie*, devem aparecer dotadas de verossimilitude, dado que o objetivo buscado é prático: provocar um efeito jurídico vinculante. Ninguém melhor do que o titular da ação penal pública para saber do que exatamente precisa. Todavia, permite-se que o MP requirite diligências para a autoridade policial (art. 129, VIII, da Constituição). Portanto, não há uma divisão rígida no Brasil entre as funções de investigação e de acusação. Os problemas de investigação policial entre nós passam mais por questões como deficiência de polícia científica, laboratórios de criminalística mal equipados, e falta de recursos materiais e humanos. Vale destacar, ainda, que o projeto do Novo Código de Processo Penal – Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, recentemente aprovado por esta Comissão – atende a um só tempo às duas proposições: não só a tramitação do inquérito policial correrá diretamente perante o Ministério Público, como a importância do Judiciário na fase investigativa será de maior expressão com a criação da figura do ‘juiz de garantias’”. Deve-se destacar que quando o relator argumenta que não há uma divisão rígida entre as funções de investigar e acusar, não está dizendo, por óbvio, que a Polícia pode acusar (pois isso é vedado pelo art. 129, I, da

Da mesma forma, esse entendimento foi reforçado pelo veto presidencial ao § 3º do art. 2º da Lei n. 12.830/2013. Esse dispositivo previa inicialmente: “O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade”. Ou seja, a redação dava a entender que a condução da investigação policial era feita apenas pelo delegado de polícia. As razões do veto presidencial foram as seguintes³⁸⁸:

Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícias e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal.

Claramente percebe-se que a Presidente da República reconheceu que a prerrogativa do delegado de polícia de dirigir, num primeiro momento, o inquérito policial não é absoluta, mas existem outras instituições com atribuições investigativas, bem como ela deve se limitar com as atribuições das “instituições responsáveis pela persecução penal”, e a instituição que é responsável por promover a persecução penal é o Ministério Público³⁸⁹. Essa lei prevê ainda em seu 2º, § 1º, que quem conduz o inquérito policial é o delegado de polícia, prevendo no § 2º a possibilidade de o Delegado requisitar diretamente perícias, informações e dados, reforçando o sistema brasileiro de liberdade inicial de ação do delegado de polícia na condução da investigação policial, sem prejuízo do controle posterior pelo Ministério Público.

A diferença entre o Brasil e os demais países estudados é que há apenas uma alteração na forma de enunciar a titularidade dos direitos: nos outros países, diz-se que o Ministério Público instaura o inquérito, mas se concede à Polícia a possibilidade de adiantar-se ao Ministério Público e realizar, mediante uma legitimação autônoma e concorrente, atos de investigação nos primeiros momentos após a prática do crime, repassando-os em seguida ao Ministério Público e submetendo-se em seguida à direção do Ministério Público mediante

CRFB/1988), mas sim que o Ministério Público, o órgão de acusação, pode e deve acompanhar a fase da investigação policial, dirigindo-a de forma mediata através da requisição de diligências.

³⁸⁸ Brasil, Presidência da República, Mensagem n. 251, de 20 jun. 2013, DOU 21 jun. 2013.

³⁸⁹ Vale relembrar que esse veto presidencial foi proferido durante um conjunto de manifestações de rua de protesto contra a corrupção no Brasil e, mais especificamente, contrárias à aprovação da PEC 37/2011, que visava proibir o Ministério Público de conduzir investigações criminais autônomas. Portanto, indiretamente, a Presidente da República reconheceu que há atribuições investigativas pela instituição responsável pela persecução penal, o Ministério Público.

requisições (genéricas ou específicas); enquanto no Brasil os atos iniciais da investigação são em regra realizados pela Polícia mediante uma autorização já prevista na própria lei, por um período de tempo de 30 dias, para em seguida o Ministério Público assumir a direção mediata pela indicação das diligências restantes, mediante uma requisição de diligências à Polícia (CPP, art. 13, II) ou mediante iniciativas próprias de complementação direta da investigação (CPP, art. 47). Ou seja, nos outros países o Ministério Público instaura a investigação, mas há uma autorização legal para a Polícia agir de forma autônoma nos primeiros momentos; no Brasil a Polícia instaura a investigação, com a obrigação de posteriormente comunicá-la ao Ministério Público para que este assuma seu controle diretivo num segundo momento.

No fundo os sistemas se aproximam na mesma lógica: a investigação nos primeiros momentos da prática da infração penal é conduzida pela Polícia e, após a formação de um quadro inicial do problema penal, o Ministério Público assume a direção da investigação para complementá-la com a indicação das provas que são essenciais para subsidiar o exercício da ação penal. Essa lógica possui uma justificação: esclarecer uma notícia de crime quando a autoria e materialidade ainda são incertas envolve conhecimentos tipicamente policiais, como entrevistar todos os possíveis envolvidos para levantar as possíveis hipóteses explicativas do delito, verificar se existem vestígios do crime, recolhê-los e analisá-los, o que justifica certa proeminência policial nessas fases iniciais. Todavia, a partir do instante que o quadro do problema penal está minimamente montado, a titularidade de manifestar-se sobre ele pertence com ao Ministério Público, o que justifica sua inserção num segundo momento para conduzir o desenrolar das investigações (ou acompanhá-la com indicação de diligências). Ainda que o delegado de polícia tenha a liberdade de indicar quais diligências seriam necessárias para esse esclarecimento, quando a investigação é submetida ao controle do Ministério Público, esse possui o poder de definir se a investigação continuará ou não, e quais diligências são necessárias à continuidade. O Brasil anda mal ao conduzir um prazo tão dilatado à Polícia para conduzir as investigações sem qualquer controle direto pelo Ministério Público. Todavia, o fato de conceder esse prazo tão dilatado não significa que a Polícia é a titular exclusiva da “prerrogativa” de investigar³⁹⁰.

³⁹⁰ Parece-nos que a grande vantagem dos sistemas de Portugal e Itália é já permitir que os papéis processuais fiquem claros, permitindo, numa situação mais extrema de conflitos, que o Ministério Público avoque a condução da investigação (situação que, no Brasil, apenas seria solucionada com a não devolução dos autos do inquérito à Polícia e a realização direta de atos de investigação pelo Ministério Público), que a fiscalização da legalidade dos

Aliás, essa conclusão pode ser retirada do próprio nome da autoridade policial que conduz as investigações: delegado de polícia. Ele não é o titular do direito, ele é o delegado³⁹¹. As diligências que realiza, ainda que mediante uma legitimidade legal de iniciativa própria, o faz no interesse do Sistema de Justiça Criminal que irá julgar posteriormente o investigado. E sua atuação se submete à circunscrição nesse papel de auxiliar do titular da ação penal, submetido ao seu controle externo por imperativo constitucional. Aliás, a própria origem histórica do termo “Polícia Judiciária” deriva dessa perspectiva: é a Polícia que auxilia as atividades do Sistema de Justiça (muito antigamente o juiz instrutor) na apuração de crimes³⁹². Em síntese, a Polícia de investigação é um órgão auxiliar da Administração da Justiça (em sentido amplo) e dentro desse conceito de Justiça *lato senso*, o órgão responsável pelo julgamento do resultado da investigação é, no sistema constitucional atual, o Ministério Público.

Essa conclusão passa pela constatação de que o inquérito policial é um procedimento para a acusação. Isso porque não se investigam fatos manifestamente atípicos, apenas fatos controvertidos com um potencial de tipicidade. Outros fatos atípicos mas de relevante interesse social serão investigados por outras áreas das ciências (história, física, ciência política *etc.*), não pela Polícia Judiciária. E investigam-se fatos típicos porque eles ensejam uma possibilidade de responsabilização criminal de seus autores, responsabilização essa que é de titularidade privativa do Ministério Público. Portanto, a investigação é um procedimento destinado a fornecer ao Ministério Público o suporte necessário para manifestar-se acerca de uma notícia de crime, arquivando-a ou permitindo uma acusação pública. Já na exposição de motivos do CPP, o IP é qualificado como uma “instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal”.

atos praticados pela Polícia seja imediata, bem como possui o efeito acessório de permitir maior agilidade nas investigações (já que a Polícia não necessita paralisar as investigações para remeter os autos ao Sistema de Justiça Criminal).

³⁹¹ Ainda que a origem histórica do termo “delegado auxiliar” esteja ligada não ao Sistema de Justiça Criminal, mas especificamente à posição de *longa manus* do chefe de polícia; sobre a reforma policial feita em 1906 por Alfredo Pinto na Polícia Civil do Rio de Janeiro, que criou o cargo de “delegado auxiliar”, ver Bretas, 1997:50.

³⁹² Muito antigamente, toda a atividade de investigação criminal estava incluída nesse conceito de “Polícia Judiciária”. Atualmente, tende-se no Brasil a distinguir entre duas funções: a atividade de “Polícia Judiciária” seria a função da Polícia de dar apoio a ordens judiciais e cumpri-las (*v.g.*, cumprir mandados de prisão, realizar condução coercitiva de testemunhas judiciais, escoltar presos à audiência judicial, estar disponível para o uso da força para assegurar o cumprimento de decisões judiciais, enfim, ser o braço armado do Estado) e outra função de “Polícia de investigações” seria a de investigar crimes. Essa distinção deriva do próprio texto constitucional brasileiro, que prevê em seu art. 144, § 1º, I e IV, essa dualidade. Ver sobre o tema: Ávila, 2009:163; Polastri, 2008(v.1):101; R. Greco, 2012:4.

Essas considerações permitem uma conclusão sobre a titularidade do direito de investigação: toda investigação criminal é realizada no interesse do Ministério Público – o que não se confunde com o interesse de assegurar condenações, ainda que injustas, mas no interesse de esclarecer os fatos, buscar a verdade, e proporcionar o subsídio fático para o Ministério Público poder proferir sua decisão sobre o destino de uma notícia de crime. Enquanto o ajuizamento da ação penal e a promoção dos atos de impulso dessa ação sejam competências privativas do Ministério Público, a gestão da fase investigatória é compartilhada com a autoridade policial, mas ainda assim, mesmo quando a Polícia possui iniciativa de investigação própria, independente de diretivas concretas pelo Ministério Público, ela age no interesse e sob o controle externo do Ministério Público. E o Ministério Público dirige, ainda que de forma mediata, o resultado da atividade investigativa, pois há obrigatoriedade de sua intervenção e suas requisições de diligências são de atendimento obrigatório pela Polícia. Na expressão de Santin, há uma “supervisão dirigente” da atividade policial investigativa pelo Ministério Público brasileiro³⁹³. Segundo Gómez Colomer, a incompreensão pelas Polícias de seu papel de órgão auxiliar dos tribunais e do Ministério Público é o principal fator de sua ineficiência na América Latina³⁹⁴.

3.2.4 O sistema de dependência funcional da Polícia ao Ministério Público no Brasil

A doutrina indica três tipos possíveis (em abstrato) de relacionamento entre Polícia e Ministério Público: dependência orgânica (ou total), dependência funcional, autonomia policial³⁹⁵.

O sistema da dependência orgânica entre Ministério Público e Polícia, no qual a Polícia é um órgão do Ministério Público, é vedado no sistema constitucional brasileiro, que claramente regulamenta essas duas instituições em dispositivos apartados, como instituições separadas (CRFB, art. 127 e art. 144)³⁹⁶. A própria previsão constitucional de um controle

³⁹³ Santin, 2007:301. Registre-se que essa visão é fortemente criticada pelos delegados de polícia. Segundo Sadek e Arantes, 2003, 91,4% dos delegados de polícia (objeto da pesquisa, em 9 Estados brasileiros) discorda totalmente da afirmação de que a direção dos trabalhos de investigação policial pelo Ministério Público poderia melhorar o desempenho do Sistema Penal, ficando implícito que tal direção seria uma invasão de suas atribuições.

³⁹⁴ Gómez Colomer, 2004:94.

³⁹⁵ Ver J.F. Dias, 1988:12; J.F. Costa, 1994:235; Moreno Catena, 1989:151.

³⁹⁶ Na Itália a Polícia Judiciária está diretamente subordinada ao Ministério Público, havendo uma seção de Polícia Judiciária subordinada a cada Procurador da República (com membros recrutados das outras forças policiais e

externo da Polícia pelo Ministério Público indica que esse controle é feito por uma instituição distinta, que não pertence ao mesmo Poder controlado (da mesma forma que a expressão controle externo é usada no âmbito da atividade de fiscalização exercida Congresso Nacional sobre o Poder Executivo, cf. CRFB/1988, art. 70).

Aliás, não nos parece recomendável que a Polícia esteja inteiramente integrada na estrutura do Ministério Público, pois a atividade de prover a segurança pública é uma atividade tipicamente do poder executivo, sendo, portanto, a separação das instituições uma expressão do princípio da separação de poderes. Ao menos, a retirada das atividades preventivas do âmbito do Poder Executivo não seria aceitável. Ademais, a estruturação administrativa da atividade de investigação criminal exige uma centralização de recursos e informações tamanhas que formam faticamente uma “burocracia” à parte da lógica do Sistema de Justiça Criminal, cuja complexa gestão justifica sua autonomia orgânica³⁹⁷. É muito mais lógico manter a distinção orgânica, com procedimentos adequados de integração funcional.

Por outro lado, também é possível concluir, à luz do sistema constitucional brasileiro, que um sistema de autonomia total da Polícia seria claramente inconstitucional, pois a interveniência do Ministério Público na fase da investigação é constitucionalmente obrigatória, uma decorrência necessária da titularidade da ação penal e do controle externo da atividade policial. Por exemplo, uma lei que estabelecesse um sistema de separação plena entre a atividade de investigação (que ficasse exclusivamente a cargo da Polícia) e a atividade de acusação (reduzindo-se o Ministério Público a mero receptor e classificador do material produzido pela Polícia) seria claramente inconstitucional diante do paradigma constitucional brasileiro, que impõe o controle de toda a atividade policial pelo Ministério Público³⁹⁸. Como a promoção da ação penal não é atribuição do Poder Executivo (representado pelos chefes de Governo e em cujos quadros estão as Polícias), mas sim do Ministério Público (que, apesar de exercer funções executivas de promoção em juízo de interesses coletivos, possui autonomia em relação ao Poder

inclusive com poder disciplinar), além de também existir vários outros corpos policiais que podem realizar investigações a serem acompanhadas pelo Ministério Público. Ver o art. 58 do CPP italiano e comentários em Chiavario, 2009:161 *et seq.*

³⁹⁷ Moreno Catena, 1989:153.

³⁹⁸ Relembre-se o que já falamos anteriormente sobre a atividade de controle externo exercida pelo TCU sobre os demais poderes, que constitui “uma função de fiscalização constante, de obrigação de submissão do trabalho do órgão controlado ao crivo do órgão controlador, a possibilidade de condução de atividades autônomas de

Executivo), a única forma de se assegurar a eficiência dessa atribuição constitucional é permitir ao Ministério Público que efetivamente controle (externamente) a atividade policial. Trata-se de uma garantia de racionalidade finalística na atividade policial. Uma Polícia autônoma do Sistema de Justiça Criminal é típica apenas de modelos autoritários³⁹⁹.

Portanto, afastados os extremos da autonomia total e da dependência orgânica, o único que resta é o da dependência funcional⁴⁰⁰. Isso significa que há entre Polícia e Ministério Público uma relação de colaboração continua e de dependência recíproca: a Polícia precisa do Ministério Público para que o seu trabalho tenha algum resultado processual prático e o Ministério Público precisa da Polícia para que a maioria das infrações criminais seja investigada (aqui dizemos maioria porque também se reconhece o poder autônomo de proceder a investigações diretas pelo Ministério Público, também como corolário da titularidade da ação penal, mas que ordinariamente é exercido de forma suplementar, o que apenas reafirma a regra)⁴⁰¹. O relacionamento entre Polícia e Ministério Público, na expressão de Souto Moura, é

investigação para esclarecer os defeitos do órgão controlado, [e] expedição de ordens para readequação da atividade ao paradigma da legalidade” (acima, item 2.4.1.1).

³⁹⁹ Sobre o tema afirma Delmas-Marty, 2004:108: “No que diz respeito à polícia, a verdadeira autonomia só se manifesta, em direito penal, com os modelos autoritários ou totalitários. No modelo Estado-sociedade liberal, a polícia é auxiliar do sistema penal”.

⁴⁰⁰ Reconhecendo que a lei processual brasileira cria faticamente um conjunto de relações de dependência funcional entre a Polícia e o Ministério Público no transcorrer da investigação criminal: J.F. Marques, 1980:201-202; Jardim, 2005:327; Tourinho Filho, 2010(v.1):334; Hagen, 2006:64. Já Lopes Jr., 2003:63, afirma que no Brasil a Polícia não é auxiliar do Ministério Público ou juiz, mas titular da fase investigativa, e que não há relações de dependência funcional da Polícia ao Ministério Público (apesar de posteriormente concluir que essas relações de dependência são recomendáveis e de possível implementação). Todavia, discordamos dessa afirmação de Lopes Jr., que retrata a posição da doutrina mais arcaica, pois a releitura constitucional do CPP já permite aferir uma relação de dependência funcional, já que, como afirma Schünemann, 2010c:458, essa relação de dependência funcional entre Polícia e Ministério Público significa, em termos práticos, que a Polícia trabalha para que o Ministério Público possa exercer sua atribuição de formação da *opinio delicti*, e que não pode recusar cumprimento de suas requisições, situações que também existem no Brasil. Sobre a descrição dessas relações de dependência funcional, em tudo aplicáveis ao contexto brasileiro, ver Roxin, 2000:57; Cunha, 1993:114-119; J.F. Dias, 1998.

⁴⁰¹ Em Portugal, isso se exercitaria no poder de avocar investigações e no Brasil com o reconhecimento ao Ministério Público do poder de instaurar procedimentos internos de investigação criminal. Abordamos adiante o tema da investigação pelo Ministério Público, mas já destacamos que o tema, antes tumultuado, hoje já está relativamente pacificado no STF, já que há várias decisões unânimes da 2ª Turma reconhecendo esse poder: ver por todas o precedente STF, 2ª T., HC 89837, rel. Min. Celso De Mello, j. 20 out. 2009, DJe n. 218 de 20 nov. 2009, o qual decidiu, em síntese: (1) que o inquérito policial é dirigido pela autoridade policial, com possibilidade de intervenção do Ministério Público para requisitar e acompanhar diligências; (2) o IP é dispensável ao ajuizamento da ação penal; (3) não existe princípio constitucional de monopólio de jurisdição pela Polícia; (4) é plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público; (5) o controle da atividade investigatória do Ministério Público é feito internamente pelo CNMP e externamente pelo controle jurisdicional em caso de eventual violação de direitos do investigado ou seu advogado. Para uma análise mais extensa desse tema, ver nosso trabalho: Ávila, 2009:177-187.

uma relação de “casamento para o qual não há divórcio, o melhor é se entenderem o melhor possível”⁴⁰².

Dependência funcional não significa ascendência hierárquica (pois a hierarquia se dá dentro de uma mesma instituição e aqui tratam-se de instituições distintas) nem se expressa (necessariamente) com poderes disciplinares (pois no sistema brasileiro a responsabilização pelo Ministério Público ocorre apenas em nível criminal, como todos os demais cidadãos, ou por improbidade administrativa, como todos os demais funcionários públicos)⁴⁰³. Há sistemas jurídicos estrangeiros que permitem ao Ministério Público um poder disciplinar direto sobre a Polícia Judiciária, todavia, a legislação infraconstitucional brasileira não previu esse sistema. Ainda assim, alguns Estados brasileiros têm legislação específica prevendo que o Ministério Público deverá participar obrigatoriamente do Conselho da Polícia Civil (órgão colegiado deliberativo e eventualmente disciplinar), o que tem sido aceito pelo STJ como compatível com a estrutura constitucional do Ministério Público de exercício do controle externo da atividade policial e de fiscal da legalidade e moralidade públicas⁴⁰⁴.

Comparativamente, o caráter da fiscalização do Ministério Público sobre a Polícia como consequência lógica de sua titularidade da ação penal é indicada no Estatuto do

⁴⁰² Moura, 2009:82. Também acentuando que o Ministério Público sempre necessitará do conhecimento técnico da Polícia: Faria Costa, 1994:225. J.F. Dias, 2013:168, acrescenta que esse relacionamento deve ser marcado por “burocracia reduzida ao mínimo processualmente exigido, [e] cooperação material entre os interessados na realização do mesmo fim”. Assim, fixado que a intervenção do Ministério Público na fase da investigação é constitucionalmente obrigatória, cumpre analisar o nível de interferência aceitável no âmbito da direção do inquérito. Em Portugal, esse problema já é resolvido (ao menos no plano jurídico) ao se atribuir ao Ministério Público a direção da investigação. No Brasil, o problema fica por ser resolvido, na medida em que a presidência do inquérito é (consuetudinariamente) atribuída ao delegado de polícia, mas também se admite que o Ministério Público possa requisitar diligências de atendimento obrigatório, o que acaba por criar certa sobreposição de atribuições diretivas. Em termos de funcionamento prático, há certa aproximação entre os sistemas comparados, na medida em que as delegações genéricas, previstas no art. 270.3 do CPP português, acabam se tornando uma regra no dia-a-dia, transferindo à Polícia a direção da investigação, ao menos nos primeiros momentos, com controle posterior pelo Ministério Público.

⁴⁰³ Conferir Mazzilli, 2008:142: “não se pode afastar a conveniência de estabelecer uma forma de corregedoria do Ministério Público em relação à Polícia, nos moldes que exercia o Poder Judiciário, antes da atual Constituição”, ainda que concluindo que essa “corregedoria” (ou seja, uma atividade de fiscalização continuada) não envolve atividade disciplinar, mas de indicação à autoridade administrativa competente das falhas e necessárias providências. Registre-se que vários países estabelecem expressamente a possibilidade de o Ministério Público ou o juiz criminal imporem sanções administrativas por desvios policiais: ver o art. 187 do CPP *de la Nación* da Argentina, o art. 16.1 das Normas de Atuação do CPP italiano, o 298.1 da LECrim espanhola, bem como o poder de descredenciamento de um oficial de Polícia pela Câmara de Instrução francesa (cf. art. 191-227 do CPP francês). Sobre a referência de diversos outros países que têm essa prática, ver Ambos, 2009:306.

Ministério Público português, que prevê entre as atribuições do Ministério Público português a de fiscalizar as atividades processuais dos OPC's (art. 3º, alínea "n", da Lei n. 47/1986 – Estatuto do Ministério Público). Entende-se que o conceito de atividade processual engloba não apenas os atos que a Polícia comunicou ao Ministério Público, mas também os atos que não comunicou, contudo deveria ter comunicado, o que abrange a necessidade de controle sobre as medidas cautelares de polícia eventualmente não comunicadas ao Ministério Público (entre as quais se encontra a comunicação de notícia de crime)⁴⁰⁵.

No sistema brasileiro, esse aspecto também é revelado pelo que consta do art. 3º, alíneas "c" e "d", da LC n. 75/1993, que estabelecem respectivamente, que o controle externo deve ser exercido com a finalidade de prevenir e corrigir eventuais ilegalidades ou abuso de poder, bem como assegurar a indisponibilidade da ação penal. Esse caráter de indisponibilidade está associado à impossibilidade de a autoridade policial dispor sobre o exercício do direito de ação do Ministério Público. Para concretizar essas disposições, o art. 9º, II, da LC n. 75/1993, que lhe assegura o livre acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial, permitindo-se, portanto, o acesso ao registro das notícias de crimes. Esse dispositivo foi posteriormente regulamentado pela Resolução n. 20/2007 do CNMP, que estabelece em seu art. 4º, V, que o Ministério Público, no exercício da atividade de controle externo da atividade policial, poderá "verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário"⁴⁰⁶. Novamente, há grande semelhança entre as expressões que permitem a fiscalização pelo Ministério Público das atividades processuais da

⁴⁰⁴ STJ, 2ª T., RMS 32375/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 24 maio 2011, DJe 31 maio 2011; STJ, 5ª T., RMS 28.300/PR, rel. Min. Laurita Vaz, j. 6 set. 2011, DJe 21 set. 2011. Ver ainda: STJ, RMS n.º 22.275/PR e RMS n.º 22.229/PR, RMS 29.008/PR.

⁴⁰⁵ Mesquita, 2003:140, argumentando que se a delimitação do objeto do controle pelo Ministério Público fosse deixado ao do próprio órgão controlado, isso configuraria uma limitação inaceitável ao seu controle. Conclui: "entende-se que a competência de fiscalização do Ministério Público abrange a atividade dos OPC's com relevância processual penal, independentemente de a mesma ter sido transmitida oportuna e voluntariamente ao Ministério Público, e, por outro lado, essa competência implica poder de inspeção autônoma embora funcionalmente vinculado à avaliação da informação com relevância processual" (*loc. cit.*).

⁴⁰⁶ Ainda que a própria existência dessa resolução seja motivo de vários atritos entre Polícia e Ministério Público, sendo que aquela não reconhece a legitimidade do CNMP para regulamentar o controle externo da atividade policial, tendo inclusive ajuizado em julho de 2009 ação direta de inconstitucionalidade contra a resolução (STF, ADIN n. 4271), até o momento sem apreciação liminar, indicando que o Ministério Público não tem o poder de corrigir irregularidades, ilegalidades, ou abusos de poder praticados pela Polícia, atividade que deveria ser realizada exclusivamente pelas respectivas Corregedorias e que o exercício do controle externo da atividade

Polícia (Portugal) e atividade-fim policial (Brasil). Nesse sentido, se aquilo por que se entende dependência funcional em Portugal também existe no Brasil, não vemos razão para não concluirmos que no Brasil também uma relação de dependência funcional entre a Polícia e o Ministério Público.

No julgamento da ADI 2587 pelo STF, um dos argumentos utilizados para se reconhecer a inconstitucionalidade da concessão de foro por prerrogativa de função aos delegados de polícia de Goiás foi o fato de essas autoridades estarem submetidas a uma relação de dependência funcional em relação ao Ministério Público, qual seja, que suas atividades estão sujeitas à fiscalização constante do Ministério Público e que a atividade policial possui uma relação instrumental com a atividade do Ministério Público⁴⁰⁷.

O caráter de dependência funcional da Polícia ao Ministério Público no sistema brasileiro está expresso em um conjunto de relações de dependência do exercício da função policial quanto a manifestações do Ministério Público, que podem ser resumidas nos seguintes pontos: (i) a atividade investigativa policial é realizada como um meio para um fim do Ministério Público, qual seja, esclarecer a veracidade de uma notícia de crime e recolher as provas de sua autoria e materialidade, para possibilitar ao Ministério Público o exercício da ação penal; (ii) inexistência de investigação policial fora do quadro de controle pelo Ministério Público; (iii) toda atividade investigativa policial deve ser submetida ao Ministério Público para avaliar sua legalidade (análise formal) e viabilidade de sucesso em juízo (análise de mérito, com possibilidade de indicação de novos rumos investigativos)⁴⁰⁸, seja por iniciativa obrigatória da própria Polícia *ope legis* (encaminhamento periódico dos inquéritos policiais) seja por possibilidade de o Ministério Público avaliar o trabalho policial de forma autônoma (diligências de fiscalização da atividade policial *in loco* ou por iniciativa do Ministério Público); (iv) a Polícia possui um dever funcional de obedecer às requisições feitas pelo Ministério Público, tanto de instauração de inquérito policial quanto de realização de diligências investigativas específicas,

policial “repercute direta e negativamente no exercício da atividade de Polícia Judiciária” e provoca conflitos incontroláveis com as mesmas (ver notícias do STF de 16 jun. 2009).

⁴⁰⁷ STF, ADI 2587, rel. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ ac. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 1 dez. 2004, DJ 6 nov. 2006, p. 29, RTJ 200:671.

⁴⁰⁸ Indicando que a atividade de controle externo (no âmbito do direito administrativo) pode abranger também a análise do mérito e a correção dos atos inconvenientes ou inoportunos: Di Pietro, 2001:586.

que possuem o caráter de verdadeiras ordens de atendimento obrigatório⁴⁰⁹; (v) o destino do trabalho policial (arquivamento ou ação penal) não é decido pela Polícia, mas pelo Ministério Público.

Considerando que a atividade policial não é autorreferencial, mas direcionada à formação da decisão sobre o exercício ou não da ação penal pelo Ministério Público, e que as leis impõem às autoridades policiais o dever de atender às requisições do Ministério Público, há faticamente uma relação de subordinação da atividade de polícia de investigação criminal ao cumprimento das requisições do Ministério Público. Dê-se a essa relação o nome que se queira dar, ela é faticamente em essência uma relação de dependência funcional. A abrangência da dependência funcional é algo que será configurado pelo sistema infraconstitucional, pois há várias possibilidades de configurações concretas da dependência funcional (v.g., em Portugal, o Ministério Público instaura o inquérito e delega à Polícia a realização de diligências, enquanto no Brasil a Polícia já está autorizada a instaurar o inquérito e posteriormente remetê-lo ao Ministério Público para que este tome conhecimento das medidas realizadas e requisições outras diligências). Todavia, o sistema constitucional brasileiro claramente coloca a atividade policial sob o controle do Ministério Público, o que configura de forma inegável uma relação de dependência funcional.

Assim, as eventuais disposições infra-constitucionais que afirmem uma suposta existência de “independência funcional” para o delegado de polícia supostamente em relação ao Ministério Público (v.g., o art. 119, § 4º, da Lei Orgânica do Distrito Federal), devem ser relidos a partir do paradigma constitucional, ou seja, de que por um lado há uma relação de dependência funcional prática na atividade policial de investigação criminal com as atribuições do Ministério Público, e por outro lado a atividade policial deve ser impessoal, sendo adequado que existam medidas efetivas para se evitar ingerência política ou outras pressões indevidas sobre a atividade policial⁴¹⁰. Portanto, não é possível se admitir independência funcional de um delegado de polícia em relação ao Ministério Público numa investigação concreta.

⁴⁰⁹ Sobre o dever de obediência da Polícia às requisições do Ministério Público, ver abaixo, item 3.4.3.1.

⁴¹⁰ A garantia de impessoalidade na atuação policial, foi recentemente reforçada com o advento da Lei n. 12.830/2013, que previu a excepcionalidade de avocação de procedimentos de investigação (salvo por interesse público) e na excepcionalidade de remoção do delegado de polícia (exceto por “ato fundamentado”). Vê-se que essas soluções ainda não são suficientes para proteger o delegado de polícia contra possíveis pressões internas ou externas (sempre será possível se argumentar necessidade de pessoal em áreas de elevada criminalidade). Uma possível solução seria estabelecer regras objetivas para a lotação e remoção dos delegados de polícia, que levem

3.2.5 *O relacionamento interinstitucional de coadjuvação entre Polícia e Ministério Público na investigação criminal*

Frederico Marques já assinalava que, apesar de a Polícia Judiciária não estar subordinada hierárquica e administrativamente ao Ministério Público ou às autoridades judiciais, “há relações funcionais no âmbito da justiça penal nas quais a autoridade policial se subordina ao Judiciário e ao Ministério Público, uma vez que à Polícia incumbe preparar a ação penal, de que este último é o órgão competente para propô-la. Essa subordinação deriva dos vínculos que são criados na regulamentação do processo penal”⁴¹¹.

Portanto, considerando que o juiz não exerce atividades de investigação (de sorte que a subordinação da Polícia ao juiz está limitada à realização de diligências já no curso da ação penal proposta, como a confecção de laudos periciais complementares ou a condução coercitiva de testemunhas), há que se reconhecer que o exercício da função de polícia de investigação está subordinada ao Ministério Público. Numa situação na qual a Polícia deve sempre prestar contas ao MP de suas atividades, em que a Polícia está submetida ao cumprimento obrigatório das requisições do MP relativas ao exercício ordinário de suas atribuições, e na qual o destino final do trabalho da Polícia é decidido pelo MP, não se pode dizer que a Polícia de investigação criminal seja plenamente independente, ao contrário há um vínculo de subordinação

primariamente em consideração a competência profissional (ou a inexistência de desvios em apuração) e sempre que possível a vontade do delegado de polícia, com a possibilidade excepcional de remoção compulsória por interesse público, mas submetida a decisões colegiadas, com prévio contraditório pelo interessado e manifestação do Ministério Público (o que diluiria o risco de perseguições). Se determinado membro do Ministério Público entende que a permanência do delegado de polícia em uma investigação é essencial ao sucesso da mesma (porque ele já conhece o caso complexo, já há uma estratégia conjunta delineada, percebe-se um especial empenho em elucidar o caso, e há o risco de pressões políticas contra o delegado de polícia), então deve haver algum mecanismo para se evitar uma remoção compulsória com a finalidade transversa de punição informal ao delegado de polícia por investigar pessoas ligadas ao alto escalão sócio-econômico ou político. Finalmente, não se pode perder de vista que essa proteção contra ingerências externas não pode alcançar as diretrizes concretamente dadas pelo próprio titular da ação penal, o Ministério Público, já que ele é o diretamente interessado no produto final do trabalho policial investigativo. Em outras palavras, não se pode falar de independência funcional do delegado de polícia em relação ao titular da ação penal, pois ele está vinculado a cumprir as requisições ministeriais e ser controlado, por expressa previsão constitucional.

⁴¹¹ J.F. Marques, 1980:201-202. Ver ainda a posição de Tourinho Filho, 2010(v.1):339: “Claro que o Juiz, como órgão independente e imparcial, não pode nem deve imiscuir-se nessa atividade persecutória. Os interesses da sociedade devem ficar a cargo do Ministério Público com o auxílio da Polícia Judiciária. Nada de requerer diligência, e sim de determinar, sem que se veja nesse 'determinar' qualquer resquício de subordinação hierárquica ou administrativa entre as Autoridades incumbidas da investigação preparatória e o Ministério Público, mas, como bem o disse Frederico Marques [...], há entre ambos relações funcionais e, por isso mesmo, aquele 'determinar' deriva desses vínculos que são criados na regulamentação do processo penal”. Em sentido semelhante sobre a relação de dependência funcional: Jardim, 2005:327.

da Polícia em relação ao Ministério Público que deriva da própria natureza das atividades dessas duas instituições⁴¹².

Por outro lado, não se pode dizer que o Ministério Público seja plenamente independente (em perspectiva operacional) da Polícia. Ordinariamente, o Ministério Público não terá condições de investigar todas as infrações penais que lhe sejam levadas ao conhecimento. A estrutura da Polícia é mais aparelhada à elucidação de crimes, seus profissionais recebem treinamento especializado para esclarecer situações nas quais não se vislumbra *ab initio* uma hipótese explicativa plausível e está melhor equipada para ir imediatamente ao local dos fatos, recolher as provas, submetê-las a um exame técnico e indicar as possíveis hipóteses explicativas. Ordinariamente a atividade do Ministério Público é uma atividade de gabinete enquanto a atividade de polícia é uma atividade de rua (ainda que haja exceções para ambos, essa é a regra geral). Assim, apesar de o destino do trabalho da Polícia ser avaliado pelo Ministério Público, não se pode negligenciar que o Ministério Público precisa da Polícia como sua principal fonte de recebimento de informações investigativas, seu braço direito na condução das investigações. Na expressão de Cordero, a Polícia é “o braço armado do Ministério Público”⁴¹³. É certo que o Ministério Público também tem um “braço esquerdo”: pode ajuizar a denúncia com fundamento em peças de informação que lhe sejam enviadas (um processo administrativo disciplinar, as informações da própria vítima que já sejam completas) ou pode eventualmente instaurar o próprio Ministério Público uma investigação própria, realizando pessoalmente os atos de investigação (colheita de depoimentos, requisição de documentos, requisição de perícias)⁴¹⁴; todavia, essas fontes acessórias de recebimento de informações investigativas não desnaturam a essência da realidade, na qual a Polícia é sem dúvidas a principal fonte de recepção de informações investigativas pelo Ministério Público. Ainda quando o Ministério Público indica os rumos da

⁴¹² Há quem questione que a própria nomenclatura “Polícia Judiciária” estaria atrelada à época em que o juiz de instrução dava início à ação penal, e como a atribuição dessa função foi transferida ao Ministério Público, dever-se-ia alterar a nomenclatura para “Polícia Ministerial” ou “Polícia do Ministério Público”: D.C. Ribeiro, 2003:254. Outros preferem a expressão “Polícia Criminal”: Monet, 2006:113. Parece-nos que se a expressão “Polícia Judiciária” for relida à luz do sentido constitucional de “uma Polícia que atua para os interesses do Sistema de Justiça Criminal”, com o pressuposto de que o órgão desse sistema que exerce a função de controlar a atividade de investigação para exercer a privativamente ação penal é o Ministério Público, então essa expressão poderá ser considerada compatível com o sentido integral da CRFB/1988 (que, aliás, positiva a expressão no seu art. 144, § 1º, IV, mas que curiosamente a diferencia da atividade de investigação criminal, que consta o inciso I do mesmo dispositivo). Mais relevante que alterar nomenclaturas é alterar ideologias e práticas.

⁴¹³ Cordero, 2003:228.

⁴¹⁴ Sobre a atividade de investigação direta pelo Ministério Público, ver comentários abaixo, na seção 3.5.

investigação, mediante requisições de diligências, é ordinariamente a Polícia quem cumpre tais requisições; e é assim tanto no Brasil como na grande maioria dos Estados democráticos.

Há, portanto, uma simbiose interinstitucional, uma espécie de mutualismo cooperativo, entre Ministério Público e a Polícia de investigação. Ambos se precisam reciprocamente para que o exercício de suas atribuições seja eficiente⁴¹⁵.

Todavia, nessa simbiose, não se pode perder de vista que a característica essencial da atuação processual da Polícia de investigação é ser um órgão auxiliar da acusação, já que a função de promover a persecução penal em juízo não pertence à Polícia, mas ao Ministério Público, como decorrência lógica do sistema acusatório, insculpido no art. 129, I, da CRFB/1988, e o inquérito se caracteriza como um procedimento destinado à preparação para o ajuizamento da ação penal, na qualidade de suporte técnico-factual da decisão de acusação⁴¹⁶.

Há três possíveis soluções para a qualificação jurídica interinstitucional entre a Polícia de investigação e o Ministério Público. Eles podem ser considerados como atos de (i) competência própria e exclusiva; (ii) uma competência por coadjuvação (em que, apesar de ter uma iniciativa de ação própria, o faz sempre no interesse de uma outra instituição coadjuvada); ou ainda (iii) competência mediante delegação (em que a Polícia não possui uma iniciativa própria de ação, mas a realiza apenas mediante uma delegação específica ou genérica do Ministério Público).

⁴¹⁵ O STF (2ª T., HC 94173, rel. Min. Celso de Mello, j. 27 out. 2009, DJe-223 27 nov. 2009) já afirmou que a legitimidade de o Ministério Público atuar ativamente na fase das investigações, requisitando diligências à Polícia e eventualmente acompanhando-as, “representa, em realidade, o exercício concreto de uma típica atividade de cooperação, que, em última análise, mediante requisição de novos elementos informativos e acompanhamento de diligências investigatórias, além de outras medidas de colaboração, promove a convergência de dois importantes órgãos estatais (a Polícia Judiciária e o Ministério Público) incumbidos, ambos, da persecução penal e da concernente apuração da verdade real” (p. 18), concluindo adiante que essa participação ativa do Ministério Público na fase investigativa é uma expressão do controle externo da atividade policial previsto constitucionalmente (p. 19). Em sentido semelhante, sobre o caráter de cooperação interinstitucional na atividade de investigativa criminal direta pelo Ministério Público, ver: STJ, AgRg no REsp 1.074.545/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 16 ago. 2012, decisão monocrática.

⁴¹⁶ Mesquita, 2003:67. Indicando que a relação entre Polícia Judiciária e Ministério Público seria de “cooperação interinstitucional”, ver Cunha, 1993:109 e J. Almeida, 2011:47. Qualificando a Polícia como “órgão auxiliar da Justiça”, ligada à sua função de “realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público”, ver Mirabete, 2002:93-94. A própria ideia de “Polícia Judiciária” está ligada ao conceito de ser a Polícia um órgão auxiliar do Poder Judiciário e do Ministério Público (Santin, 2007:61 e 235-239). No direito administrativo, reiterando essa posição da Polícia de investigação criminal como “órgão auxiliar”, ver Lazzarini, 1999:54.

Podemos falar em competências próprias na atividade policial apenas no âmbito das atividades de segurança interna: essas competências são próprias da polícia de segurança. Não estão relacionadas diretamente ao julgamento de uma causa penal, antes relacionam-se com a proteção concreta de pessoas e bens, uma competência que pertence diretamente à instituição policial.

Não é possível falar em uma competência própria e autônoma de investigação. Caso se reconhecesse que a Polícia possui uma competência própria de investigação, que ela é titular absoluta da prerrogativa de investigar, estar-se-ia admitindo que o fim da atividade investigativa pertence à própria Polícia. Todavia, uma análise atenta não permite essa conclusão, já que o fim da atividade policial é destinado ao Ministério Público, enquanto órgão titular exclusivo da ação penal. A Polícia não dispõe de seu próprio trabalho, pois deve instaurar obrigatoriamente o inquérito policial ao tomar conhecimento da prática da infração penal, deve remetê-lo ao Ministério Público para avaliar a regularidade de seu trabalho ao final de determinado prazo, a continuidade de sua atividade está subordinada a uma manifestação processual do Ministério Público, ela está vinculada ao cumprimento das diligências requisitadas pelo Ministério Público (e, portanto, às suas diretrizes de investigação), e não pode ela mesma dispor do objeto da investigação (sendo-lhe vedado o arquivamento do IP). Se a Polícia não pode dispor do resultado de seu trabalho, antes a disposição desse resultado é atribuição exclusiva do Ministério Público, então a competência para conduzir a investigação não pertence exclusivamente à Polícia. A atividade da Polícia é, assim, auxiliar, pois enquanto o Ministério Público possui o poder de decisão (fim), a Polícia possui um poder de instrução (meio) destinado a recolher informações que permitam ao Ministério Público tomar sua decisão. E esse poder de recolhimento de informações não se realiza fora do quadro da fiscalização obrigatória pelo Ministério Público. Considerando que a investigação não é um fim em si mesma, mas mero meio para permitir a realização de outro fim (decisão sobre o exercício ou não da ação penal), conclui-se que a Polícia não possui a titularidade finalística da investigação, mas é um instrumento para permitir que o Ministério Público possa alcançar essa finalidade. Portanto, a Polícia não é absolutamente independente na condução das atividades de investigação.

Em verdade, há uma competência por coadjuvação: há uma independência orgânica entre as instituições, de sorte que o órgão coadjuvante tem autonomia para exercer suas

atribuições, sempre em favor do outro órgão principal (coadjuvado), com uma dependência funcional, estando a Polícia obrigada a cumprir as requisições feitas pelo Ministério Público.⁴¹⁷

O aspecto *sui generis* da coadjuvação na investigação criminal é que a Polícia está submetida, pela natureza de suas funções, a determinados vínculos de dependência funcional em relação ao Ministério Público que limitam em situações determinadas sua esfera de liberdade de ação. Assim, apesar de ser um coadjuvante, está vinculada ao cumprimento das requisições de diligências feitas pelo Ministério Público, deve aceitar que o Ministério Público participe das diligências de investigação que esse órgão desejar, está vinculada às recomendações que o Ministério Público editar no interesse do aperfeiçoamento da atividade policial e está vinculada à manifestação decisória final que o Ministério Público proferir sobre sua atividade investigativa.

Quanto à iniciativa da atividade de coadjuvação, podemos diferenciar duas situações. Há uma atividade de coadjuvação livre – ou coadjuvação de iniciativa própria, na qual a Polícia possui certa liberdade na condução das diligências de interesse do Ministério Público (no caso das diligências iniciais do inquérito, das diligências subsequentes às requisitadas e no caso das iniciativas concorrentes com as requisições do Ministério Público) e uma atividade de coadjuvação vinculada, na qual a Polícia é obrigada a acatar diretrizes concretas do Ministério Público sobre sua atividade (relativas ao cumprimento obrigatório das requisições de diligências feitas pelo Ministério Público, bem como das diretrizes de investigação expedidas no âmbito das recomendações).

Ainda assim, a atividade de coadjuvação não retira do Ministério Público a faculdade dele mesmo realizar as diligências que entender pertinentes para o esclarecimento dos fatos. Isso significa que o Ministério Público, ao receber uma notícia de crime, tem a faculdade de requisitar a instauração de um inquérito policial à Polícia de investigação (CRFB/1988, art. 129, VIII, 2ª parte, e CPP, art. 5º, II), ou poderá ele mesmo realizar as diligências que entender pertinentes para complementar o quadro probatório e permitir-lhe o ajuizamento da ação penal (CRFB/1988, art. 129, VI e LC n. 75/1993, art. 7º, I e II, art. 8º, I, II, IV e VII); ao receber os autos de um inquérito policial, o Ministério Público poderá requisitar novas diligências à Polícia

⁴¹⁷ Sobre o tema, discorre Cunha, 1993:119: “A competência processual penal dos órgãos de polícia criminal concretiza-se apenas nesta tarefa coadjuvatória, pelo que a sua intervenção é meramente subordinada e no interesse

(CRFB/1988, art. 129, VIII, 1ª parte, e CPP, art. 13, II) ou poderá ele mesmo complementar as diligências restantes (LC n. 75/1993, art. 7º, II, *in fine* e CPP, art. 47). O fato é que o Ministério Público nunca se priva de sua competência original de conduzir investigações destinadas a preparar sua decisão sobre o destino da *notitia criminis*.

Não se pode falar propriamente de delegação nas relações entre Ministério Público e Polícia de investigação no Brasil. Na delegação um órgão A, com competência para a prática do ato, transfere ao órgão B, que não tinha competência, a possibilidade de realizar o ato, mediante posterior controle do ato delegado pelo órgão A⁴¹⁸. O problema central em se reconhecer que a atividade de investigação criminal seria inteiramente delegada pelo Ministério Público à Polícia consiste em harmonizar essa proposta com o reconhecimento de que, no sistema brasileiro, a autoridade policial possui competência própria para instaurar o inquérito policial, e para conduzir diretamente as diligências necessárias à sua elucidação, sem necessidade de diretivas concretas do Ministério Público sobre o andamento da investigação em seus momentos iniciais. Em países como Portugal e Itália, por exemplo, em que a investigação é instaurada pelo Ministério Público como regra geral, fica mais claro imaginar que em regra a direção da investigação é atribuição direta do Ministério Público, que a Polícia realiza diligências investigativas por delegação específica do Ministério Público, bem como de que, mesmo nas situações em que a Polícia já possui uma iniciativa própria de investigar (como as providências cautelares quanto aos meios de prova – CPP português, art. 249), ela o faz como uma exceção à regra geral (de atuação sempre vinculada a uma diretriz específica do Ministério Público), como se fosse uma delegação genérica implícita na lei de atribuição de legitimidade de ação em casos de urgência. No Brasil não funciona assim. Mesmo em Portugal, parece-nos uma ficção imaginar que a Polícia está cumprindo uma delegação genérica no caso das medidas cautelares de polícia, pois na verdade a Polícia possui uma competência própria para ser coadjuvante do titular da ação penal nas situações de urgência; portanto, não age sob delegação, mas sob um poder próprio de coadjuvação⁴¹⁹. Essa competência própria de coadjuvação não transmite à Polícia a titularidade

das autoridades judiciárias [juiz e Ministério Público], que são, pois, além de órgãos principais, verdadeiros titulares da competência, da qual não abdicam minimamente por via da coadjuvação”.

⁴¹⁸ Sobre o conceito de delegação, ver, entre outros, Otero, 1987:57 e Cunha, 2003:123.

⁴¹⁹ Nesse sentido, tecendo críticas ao uso da expressão “delegação” para o relacionamento interinstitucional entre Ministério Público e Polícia Judiciária no direito português, ao argumento de que, tecnicamente (no sentido do direito administrativo) não seria delegação pois a Polícia já possui uma competência própria de realização das diligências de investigação antes das diretivas do Ministério Público: Cunha, 1993:123-124. De ver-se, todavia,

do objeto do trabalho investigativo, apenas justifica que há uma iniciativa própria, que já lhe pertence *ope legis*, de auxiliar o trabalho da outra instituição coadjuvada (a principal).

Mesmo para as diligências especificamente requisitadas pelo Ministério Público à Polícia, cremos que se trata de uma atividade de coadjuvação e não de delegação. É que, no desenrolar de um inquérito, a Polícia brasileira poderia ter realizado quaisquer atividades investigativas lícitas; se não realizou uma determinada atividade e posteriormente ela foi requisitada pelo Ministério Público, tal não significa que a Polícia não poderia ter realizado anteriormente essa atividade, significa apenas que podia mas não o fez, e agora está obrigada a realizar a atividade por força de uma requisição específica do Ministério Público. Imaginar que o cumprimento de requisições de diligências é uma delegação de atribuições à Polícia consiste em negligenciar que, no sistema brasileiro, a Polícia pode por iniciativa própria realizar diligências de investigação independentemente de requisições do Ministério Público, por sua competência própria de coadjuvação.

A discussão prende-se, a nosso ver, na configuração infraconstitucional do sistema de relacionamento interinstitucional entre Ministério Público e Polícia. É certo que determinados parâmetros constitucionais não podem ser alterados, ou seja, a Polícia Civil e Federal hão de ter como função primordial a investigação de crimes, o Ministério Público deve promover privativamente a ação penal, como consequência dessa titularidade privativa o Ministério Público deve ter os poderes necessários para assegurar que o recolhimento de informações investigativas seja eficiente e, portanto, deve exercer o controle externo da atividade policial, acompanhando as investigações obrigatoriamente e tendo a possibilidade de requisitar diligências investigativas, sem prejuízo de eventual investigação própria. Esse quadro constitucional é imutável (pois a estrutura do sistema acusatório é uma norma de garantia de

que, no Brasil, Ribeiro, 2003:190-202, perspectiva o controle externo da atividade policial como uma expressão de delegação ou mandato, com uma relevante pesquisa do significado desses termos no texto constitucional brasileiro, mas que, todavia, não realiza especificamente esse cotejo das diferenças entre as figuras da coadjuvação e da delegação e não indica concretamente porque a figura em análise deveria ser a delegação e não a coadjuvação. Aliás, esse autor não conclui de forma peremptória se a relação seria propriamente de delegação ou de mandato, dando a entender que seria na verdade de mandato, já que ele reconhece que na delegação o delegante não tem controle sobre a execução dos atos decorrentes da delegação intersubjetiva, enquanto no mandato haveria esse controle. Entre perspectivar a Polícia como mandatária do Ministério Público ou como órgão de coadjuvação, parece-nos que essa última perspectiva melhor se adéqua à realidade do relacionamento jurídico-institucional em comento. É certo que o nome dado à relação não é tão importante quanto o reconhecimento dos efeitos concretos da mesma.

direitos fundamentais e, nessa medida, alcançada pela imutabilidade das cláusulas pétreas). Ocorre que, dentro dessas balizas gerais, há uma grande liberdade de conformação concreta da forma de condução das investigações.

Não podemos dizer que, no sistema constitucional brasileiro, a Polícia não tenha uma competência própria de iniciativa investigativa. Ao contrário, a iniciativa investigativa da Polícia como regra era o quadro jurídico subjacente à elaboração da CRFB/1988 (cristalizada no sistema processual penal então vigente). É compatível com o texto constitucional brasileiro o sistema atual no qual a Polícia possui uma iniciativa de investigação subordinada à fiscalização posterior pelo Ministério Público, bem como é compatível com o texto constitucional uma estrutura na qual seja o Ministério Público a instaurar o inquérito e a delegar as diligências investigativas à Polícia. Ambos os sistemas são constitucionalmente admissíveis, pois preservam-se as vigas mestres do sistema acusatório anteriormente delineadas⁴²⁰. Imaginar que o primeiro sistema não é admissível significaria dizer que o Brasil trabalhou mais de duas décadas com um sistema processual inconstitucional (apesar de reconhecermos que por muito tempo se trabalhou com institutos processuais inconstitucionais⁴²¹). Podemos até dizer que um retardo extremamente alargado no acompanhamento da atividade investigatória da Polícia pelo Ministério Público seria inconstitucional, por importar uma restrição indireta ao dever de controle externo da atividade policial previsto na constituição. Mas por outro lado, é perfeitamente possível concluir que entre os dois sistemas possíveis, o sistema da instauração do inquérito pelo Ministério Público com posterior delegação de atos investigatórios à Polícia aproxima-se substancialmente mais da concretização do sistema acusatório, assegurando maior proteção aos direitos fundamentais envolvidos na atividade investigatória e assegurando maior eficiência na condução das

⁴²⁰ Como pondera Palma, 2005:114, (a respeito de outro tema, com cuja fundamentação é aplicável ao caso) a opção por modelos diferenciados de processo penal é uma opção ético-política, devendo ser reconhecida e discutida como tal. O legislador infraconstitucional possui certa liberdade ético-política de conformar o sistema processual com os valores constitucionais.

⁴²¹ Como o inquérito judicial na lei de falências, a investigação judicial na lei do crime organizado, instauração de inquérito ou a realização de diligências investigativas por requisição do juiz, a *emendatio libelli* sem aditamento pelo Ministério Público, a busca e apreensão domiciliar realizada pessoalmente pelo juiz, sem prévio mandado: tudo inconstitucional, mas que foi admitido pela praxis forense por algum tempo (ver críticas em Ávila, 2009:87-91). E ainda outras diligências virtualmente inconstitucionais mas ainda admitidas, como a função do juiz de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal, a tramitação triangular do IP, a utilização de informações do IP para subsidiar uma condenação, a concessão de ofício de medidas cautelares (prisão, buscas domiciliares, interceptação telefônica) pelo juiz na fase das investigações, a produção antecipada de provas de ofício pelo juiz na fase das investigações, o recurso de ofício pelo juiz, a possibilidade de o juiz proferir condenação mesmo com pedido de absolvição pelo Ministério Público...

investigações e, portanto, na realização da função constitucional do Ministério Público. Essa última observação nos permite a conclusão de que, sempre que houver a possibilidade de uma interpretação legal que privilegie a intervenção imediata do Ministério Público na investigação e o incremento do controle da atividade policial sem perda de eficiência, essa interpretação deve ser preferível, como uma modalidade de interpretação conforme a Constituição (na perspectiva de maximização da realização dos princípios constitucionais em jogo).

Em síntese, o sistema constitucional brasileiro admite tanto um sistema de iniciativa policial de investigação por coadjuvação mediante controle posterior pelo Ministério Público como um sistema de iniciativa de investigação do Ministério Público com posterior delegação de diligências à Polícia, com exceções pontuais de diligências de urgência. Nosso sistema constitucional não admite um sistema de legitimidade investigatória exclusiva da Polícia sem a participação do Ministério Público na atividade de investigação. A concretização do sistema processual penal brasileiro pela legislação infraconstitucional (o CPP de 1941) configurou o sistema de investigação na modalidade de coadjuvação, no qual a Polícia possui uma legitimidade própria de iniciativa de investigação, sempre realizada no interesse do Ministério Público e sob seu controle (direção mediata e fiscalização, obrigatórias e constantes). Esse sistema impõe um relacionamento ordinário de constante de integração, co-participação e interdependência institucional, de sorte que a missão institucional da Polícia é colaborar para que o Ministério Público possa desempenhar sua atividade de promover a persecução penal em juízo⁴²².

3.2.6 Do idêntico dever de atuação objetiva na fase das investigações tanto da Polícia quanto do Ministério Público

Um argumento corrente para tentar afirmar que a atividade investigativa pertence exclusivamente à Polícia e o Ministério Público não deveria “imiscuir-se” nessa atividade é o de que a Polícia investiga de forma imparcial (pois não é parte no processo),

⁴²² Indicando que uma maior aproximação institucional seria o melhor caminho para se alcançar maior eficiência na investigação criminal (com propostas *de lege ferenda* de criação de serviços de polícia vinculados ao Ministério Público brasileiro), ver Karc, 2004:213.

enquanto o Ministério Público investigaria de forma parcial, já que é parte no processo⁴²³. O argumento, todavia, não se sustenta a uma análise minuciosa.

Primeiramente, há que se observar que na fase investigativa ainda não há propriamente partes, pois não há ainda o exercício da ação penal. Portanto, o Ministério Público nessa fase assume a posição de possível futura parte do processo. Apenas especificamente para as medidas cautelares investigativas restritivas de direitos fundamentais submetidas a uma reserva de jurisdição, o Ministério Público será efetivamente a parte autora delas, enquanto ações preparatórias ao exercício da ação principal. O que existe, em verdade, é uma progressiva concretização do surgimento da pretensão punitiva, ou seja, o Ministério Público possui em termos genéricos a pretensão de punir as pessoas que violam a legislação criminal e, ao surgir concretamente uma notícia de crime, o Ministério Público possui o interesse processual de ter esclarecida aquela notícia de crime para que, se ela for verdadeira, poder responsabilizar o autor da infração penal. À proporção que a notícia do crime vai sendo esclarecida e confirma-se a sua veracidade (ou com o progressivo crescimento da probabilidade de veracidade da notícia), também a pretensão punitiva do Ministério Público vai tomando contornos mais fortes. Todavia, nas fases iniciais da investigação, quando a própria certeza sobre a materialidade do crime não está acertada, o interesse do Ministério Público não pode ser outro que não o de saber se o crime efetivamente ocorreu. Da mesma forma, quando ainda não há um sujeito passivo individualizado, não se pode dizer que a pretensão punitiva do Ministério Público esteja direcionada para todos os suspeitos, mas apenas que há um interesse do Ministério Público em esclarecer qual dos suspeitos foi efetivamente o autor da infração penal. Portanto, à proporção que a investigação avança e esclarece-se a autoria e a materialidade, há também uma progressiva concretização do surgimento da pretensão punitiva do Ministério Público, até o momento em que se esclarece de forma suficientemente convincente a autoria e a materialidade, momento que em a pretensão punitiva do Ministério Público estará suficientemente madura para poder ser exercitada em juízo, com o oferecimento da denúncia.

Há uma diferença essencial de postura do Ministério Público na fase das investigações e na fase da ação penal. Na fase das investigações, o Ministério Público não sabe ainda se o investigado é realmente o culpado, mas trabalha com a possibilidade (ou

⁴²³ A.A.M. Machado, 2010. Refutando tal argumento ver Fontes, 2011.

probabilidade, conforme o avançar das investigações) de o ser, diante das possíveis hipóteses explicativas do crime. Portanto, quando se investiga uma pessoa (seja a Polícia seja o Ministério Público), não se está propriamente acusando a pessoa, mas se está realizando um prognóstico de possibilidade (ou probabilidade) de que a pessoa seja efetivamente culpada. É verdade que a progressiva concentração da atividade investigativa sobre determinada pessoa constitui uma forma de “imputação preliminar” da prática da infração penal já na fase das investigações, já que imputam-se fatos ao investigado, colocando-o na posição de sujeito passivo das investigações, o que deve permitir a atribuição de determinados direitos de defesa já na fase investigativa. Todavia, há uma distinção essencial dessa “imputação preliminar” da verdadeira imputação na fase acusatória, pois essa última deve abranger não apenas uma atribuição de fatos a uma pessoa, mas também um pedido de condenação, inexistente na fase das investigações⁴²⁴.

Já na fase da ação penal, o Ministério Público já inicia sua atuação no processo com uma acusação, ou seja, um juízo já pré-estabelecido de que o acusado é o autor do crime, segundo as informações recolhidas na fase investigativa. Enquanto a posição do juiz no processo é uma posição de equidistância das teses de acusação e defesa (portanto, de imparcialidade), a posição do Ministério Público é a posição de uma parte, ainda que em sentido formal, ou seja, há duas versões explicativas do fato (a de que o acusado foi o autor do crime e a de que ele não foi o autor do fato) e o Ministério Público toma partido de uma das versões explicativas do fato, ou seja, já se posiciona *ab initio* na ação penal a favor da hipótese de que o acusado é o autor do fato, e exerce uma pretensão processual de ver o acusado condenado por aqueles fatos imputados⁴²⁵. Enquanto na fase das investigações não há uma posição *ab initio* de inclinação

⁴²⁴ Indicando que na fase das investigações a posição do Ministério Público não é “adversarial”, pois não está assumindo nenhuma posição, mas de esclarecimento imparcial dos fatos, numa posição “quase judicial”, e que apenas após forma sua convicção de culpa do investigado é que o acusador irá “defender de forma apaixonada” essa acusação, v. Cuadrado Salinas, 2010:141. Genericamente sobre a “imparcialidade” na fase investigativa, analisando as posições da Polícia, Ministério Público e juiz, v. Villegas Fernández, 2012:112-118.

⁴²⁵ Não se desconhece a polêmica relativa à posição do Ministério Público como parte no processo penal. Na síntese de Mazzili, 2002:5, há as seguintes posições sobre o tema “parte *sui generis* (Vincenzo Manzini, Hélio Tornaghi); parte imparcial (Alfredo De Marsico, Magalhães Noronha); parte parcial (Francesco Carnelutti); parte material e processual (José Frederico Marques); parte formal, instrumental ou processual (Jorge Olmedo, Giovanni Leone, Fernando da Costa Tourinho Filho); não é parte (Otto Mayer, Biagio Petrocelli)” e conclui que o Ministério Público é parte material, com dever de atuação imparcial (essa no sentido moral, de dever de atuação com objetividade, serenidade e para a fiscalização da lei). Provavelmente o maior expoente da controvérsia é Manzini, para o qual o Ministério Público é parte em sentido meramente formal e não material, concluindo que apesar dele formular um pedido ao juiz em face a outra pessoa, “não por isso o MP pode ser qualificado como ‘parte’ em sentido ontológico, já que não pede em nome próprio, mas age como órgão do Estado no exercício de uma função pública destinada à atuação do direito objetivo”; Manzini, 1949(v. 2):3 (ver comentários em Lopes Jr., 2009:2).

sobre qualquer hipótese explicativa, mas apenas um interesse processual de ver a *notitia criminis* esclarecida, e apenas à medida que o esclarecimento prossegue a pretensão punitiva vai amadurecendo até ser exercida com a ação penal, na fase da ação penal a posição do Ministério Público já é dada desde o início como uma posição de acusação.

Esse argumento é mesmo uma contradição, pois enquanto o Ministério Público possui o dever legal de atuar de forma objetiva, podendo ser recusado por suspeição (CPP, art. 258), as autoridades policiais formalmente não estão submetidas ao mesmo regime de suspeição (CPP, art. 107), apesar de entendermos que esse último dispositivo não foi recepcionado pela CRFB/1988, que consagra em seu art. 37, *caput*, o princípio da impessoalidade da Administração Pública⁴²⁶. De qualquer sorte, formalmente, o Ministério Público é imparcial (sujeito à suspeição) e a autoridade policial não o é.

Todavia, na expressão de Montero Aroca, 1997:50-53, o Ministério Público é uma parte artificial, criada para possibilitar o contraditório em juízo, mas com um dever de “imparcialidade subjetiva” (ou melhor, em nossa visão, de impessoalidade). Guarnieri, 1952:79, argumenta que a efetividade do conceito de Ministério Público como parte é essencial à ideia de ampla defesa, e portanto a posição do réu como sujeito de direitos. J.F. Dias, 2004:369 e 2013:165, fala em um dever de objetividade vinculado à lealdade processual e à busca da verdade processualmente admissível. G.M. Silva, 2013:104 e 109, argumenta que há um dever de objetividade do Ministério Público idêntico ao dos demais órgãos públicos, e uma “parcialidade legítima do Ministério Público na prossecução do interesse político-criminal que a lei lhe atribui e a sua obrigação, como representante do Estado e por isso sujeito à legalidade, de carrear para o processo todas as provas validades e a peticionar apenas o que seja de direito [...]”. Em nossa visão, sempre que uma pessoa infringe a lei penal surge para o Estado o direito de ver aquela pessoa punida (*ius puniendi*), esse direito apenas poderá ser concretizado através do processo penal, e o Ministério Público (enquanto órgão do Estado) será o titular da pretensão de concretização desse direito de punir (*ius persequendi in iudicio*) e, portanto, é parte. Esse direito não pertence ao membro individual mas à instituição, e a instituição é efetivamente titular do direito de ação, portanto, é parte (queira se chamar a isso parte material ou formal). Portanto, materialmente o Ministério Público é um órgão encarregado de fomentar a administração da Justiça, e se comporta como parte no processo penal (ao traduzir uma pretensão punitiva que será contraposta aos interesses da defesa e possibilitará o exercício do contraditório em juízo, reservando ao juiz uma posição de imparcialidade na solução desse conflito de interesses processuais), ainda que obrigado ao dever de atuação objetiva. Ver ainda Roxin, 2000:53; J.F. Dias, 2004:361 *et seq.*

⁴²⁶ Em Portugal, o art. 10.2 do DL n. 299/2009 (Estatuto Profissional da PSP) prevê a admissibilidade de aplicação do regime de impedimentos e recusas do CPP ao pessoal policial quando em atividade de órgão de polícia criminal, e o art. 20 da Lei n. 37/2008 (Lei Orgânica da PJ) prevê o mesmo regime para os integrantes da Polícia Judiciária, sendo o requerimento de recusa dirigido ao diretor nacional da respectiva força policial. No mesmo sentido, o Código Deontológico do Serviço Policial de Portugal (Diária da República, n. 50, Série I-B, 28 fev. 2002), prevê em seu art. 5º que “os membros das Forças de Segurança devem atuar com zelo e imparcialidade tendo sempre presente a igualdade de todos os cidadãos perante a lei”. No Brasil, a doutrina mais tradicional endossa a vedação de exceção de suspeição às autoridades policiais: Tourinho, 2010(v.1):259. Já M.P. Lima, 2008:19, defende que, caso a autoridade policial não se declare voluntariamente suspeita, o interessado poderá formular recurso ao chefe de polícia ou provocar a fiscalização do Ministério Público, no âmbito do controle externo da atividade policial. Nucci, 2008:287, entende que deveria haver previsão legal de exceção de suspeição do delegado a ser julgada pelo juiz, mas diante da omissão legal caberia apenas recurso administrativo para o chefe de polícia, com eventual responsabilização administrativa do delegado que recusou se declarar suspeito. Também indicando possibilidade de punição disciplinar: Tourinho Filho, 2001:278. Já E.P. Oliviera, 2009:267,

Portanto, quando se diz que a Polícia é imparcial e o Ministério Público é parcial, está se realizando uma confusão essencial entre duas fases distintas do procedimento penal: a fase das investigações e a fase da acusação. Comparam-se coisas distintas: a atuação do Ministério Público na fase da ação penal com a atuação da Polícia na fase investigativa. Deve-se, em verdade, comparar a atuação do Ministério Público na fase investigativa com a atuação da Polícia na mesma fase investigativa.

Tanto o Ministério Público quanto a Polícia possuem “interesses” idênticos no âmbito da fase investigativa: o esclarecimento da verdade sobre uma notícia de crime. Não se pode dizer que o interesse do Ministério Público numa investigação seja sempre o de assegurar uma futura condenação, pois acima de tudo há o dever esclarecer a verdade dos fatos⁴²⁷. Tanto assim o é que em um número considerável de investigações o Ministério Público promove ao final o arquivamento, pois ao analisar o material investigativo produzido chega à conclusão de que aquela notícia de crime, ainda que eventualmente verdadeira, não possui probabilidade de sucesso em juízo por não terem sido reunidas provas suficientes da sua prática. A possibilidade concreta de o Ministério Público poder não denunciar evidencia que sua posição não é a de perseguidor de condenações, mas de órgão de promoção da realização da Justiça. Também não se pode dizer que a Polícia seja mais ou menos envolvida com o resultado da investigação, pois também ela deve estar comprometida com o mesmo objetivo: de esclarecer a verdade dos fatos e, confirmando-se a veracidade da notícia de crime, recolher os elementos informativos necessários para possibilitar o exercício do direito de ação penal pelo Ministério Público. Portanto, também não se pode dizer que a Polícia é absolutamente “imparcial” quando passa a concentrar o trabalho investigativo sobre determinada pessoa, pois ao fazê-lo nada mais está a realizar do que trabalhar com a probabilidade concreta de que aquele investigado é o autor do crime e, assim, passa a recolher as possíveis provas de confirmação (ou refutação) dessa hipótese acusatória específica.

não chega a comentar a existência de violação ao princípio constitucional da impessoalidade. Não há lógica em o perito policial poder ser impugnado por suspeição (CPP, art. 280), mas o delegado de polícia, que conduz de forma mais imediata as investigações e pode influenciar consideravelmente os seus rumos, não o poder. A solução é admitir-se a exceção de suspeição também aos delegados de polícia, por analogia com as regras do Ministério Público e dos funcionários do Judiciário, em interpretação conforme a Constituição.

⁴²⁷ A ausência de impedimento do membro do Ministério Público que acompanhou as investigações está expresso no verbete da Súmula n. 234 do STJ: “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Portanto, tanto a Polícia quanto o Ministério Público estão obrigados a atuarem não de forma imparcial, mas sim de acordo com um dever de atuação objetiva. Na fase da ação penal, o Ministério Público, apesar de ser parte, possui o dever de atuar de forma impessoal (sem interesses pessoais da pessoa que ocupa a função de membro do Ministério Público), de atuar de forma objetiva, exercendo uma pretensão punitiva apenas diante de provas objetivas que sustentem de forma suficiente a imputação⁴²⁸. Essa postura do Ministério Público também deve se refletir na fase das investigações, pois aqui sua postura também está marcada pelo dever de atuação objetiva, ou seja, o dever de não realizar perseguições pessoais a investigados, de acompanhar o recolhimento das informações investigativas de forma comprometida com a descoberta da verdade. Da mesma forma, a Polícia deve estar comprometida com a descoberta da verdade, de forma impessoal e objetiva.

Apesar desse dever de atuar de forma objetiva (serena, apenas diante das evidências, com interesse apenas na aplicação do direito objetivo), tanto a Polícia quanto o Ministério Público se envolvem em atividades investigativas (a Polícia realizando, o Ministério Público acompanhando e requisitando diligências). Portanto, ao se envolverem nas atividades investigativas, ambas instituições estão submetidas ao mesmo risco de envolvimento psicológico com a tese investigada e, nessa perspectiva, ambas possuem um risco potencial de diminuição de sua imparcialidade em sentido leigo (objetividade), já que ambas estão se posicionando sobre a probabilidade de veracidade de uma hipótese acusatória durante o desenrolar da investigação e procurando recolher elementos que possam confirmar ou refutar essa hipótese. Há o risco do primado da hipótese sobre os fatos (quem investiga tende a acreditar que sua hipótese é verdadeira e possui menos “imparcialidade” para concluir que o trabalho investigativo foi mal

⁴²⁸ Reflexos desse dever de atuação objetiva na fase da ação penal consistem na possibilidade de o Ministério Público requerer diligências probatórias destinadas ao esclarecimento da verdade, ainda que eventualmente favoráveis à defesa, bem como de formular pedido de absolvição e de poder recorrer em favor do acusado ou impetrar habeas corpus em seu favor e ainda de fiscalizar a legalidade no cumprimento da pena e ao respeito aos direitos do preso. Isso porque a função do Ministério Público de parte processual é completada com sua função institucional de fiscal da ordem jurídica (CRFB/1988, art. 127, *caput* e CPP, art. 257) e, portanto, sua atuação como parte (em contraposição processual à posição jurídica do réu) não é essencial à atuação do Ministério Público (poderá atuar eventualmente a favor dos interesses do réu quando isso significar atuar de acordo com os ideais de justiça, ou seja, a defesa da legalidade). Ainda quando atua a favor da defesa, o Ministério Público atuar a favor de seu próprio interesse processual, o de assegurar o respeito à ordem jurídica. Sobre o poder de o Ministério Público recorrer em favor da defesa e seu interesse processual de fiscal da legalidade, ver Jardim, 2005:215-223. Sobre a imparcialidade do Ministério Público ver E.P. Oliviera, 2009:400-402 (afirmando que o Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão legitimado para a acusação); sobre a existência de partes no processo penal, sendo o

realizado⁴²⁹). Nessa perspectiva, imparcial é apenas o juiz, que não investigou, ou seja, não se envolveu com a tentativa de confirmação da hipótese acusatória; tanto a Polícia quanto o Ministério Público são parciais na fase investigativa, pois investigam, e quem investiga se compromete psicologicamente com a tese investigada. Apesar desse envolvimento, o Ministério Público possui a obrigação de se esforçar para atuar de forma objetiva e a garantia do sistema estará nas mãos do juiz, enquanto árbitro imparcial, constituindo-se verdadeira barreira contra os eventuais equívocos do Ministério Público (e, de seu órgão auxiliar, a Polícia)⁴³⁰.

Simplesmente não há lógica em afirmar que a Polícia é mais imparcial que o Ministério Público na fase investigativa, pelo fato de não ser parte no processo penal, pois ambas as instituições estão trabalhando no mesmo sentido: esclarecer de forma impessoal e objetiva sobre a veracidade de uma notícia de crime e, confirmando-se sua veracidade, recolher o material investigativo necessário para viabilizar o exercício de uma acusação em juízo. A bem da verdade, os estudos criminológicos demonstram que a Polícia está submetida a uma pressão mais forte de esclarecimento do crime em relação ao investigado, pois ela atua no nível da rua, com a pressão mais próxima de familiares quanto ao esclarecimento dos fatos e quanto à responsabilidade de serem os “mantenedores da ordem”⁴³¹. Portanto, o valor de “retirar um criminoso das ruas” ou de “provar que o suspeito é culpado” assume um aspecto extremamente forte na racionalidade policial, simplesmente não se podendo dizer que a atuação da Polícia na fase investigativa seria mais imparcial que a atuação do Ministério Público. Por outro lado, a Polícia está incluída na estrutura do poder executivo, sendo eventualmente permeável às pressões políticas de

Ministério Público uma parte artificial, criada para possibilitar a estrutura dialética do processo perante o juiz: Lopes Jr., 2009:1-6 e Duclerc, 2009:463-6.

⁴²⁹ A expressão do “primado da hipótese sobre os fatos” é de Cordero, 1986:51. Aqui ele critica a atividade do magistrado que se lança a uma atividade investigativa autônoma, fora das balizas dialéticas do contraditório.

⁴³⁰ É claro que esse dever de atuação objetiva no processo não pode ser utilizado como argumento para dar maior credibilidade à tese acusatória sobre a tese defensiva (como critica A.A.M. Machado, 2010), pois sempre a tese acusatória deverá ser submetida ao contraditório e ao escrutínio imparcial do juiz, devendo-se considerar como a tese correta apenas diante da força argumentativa das provas que a sustentam, e não pelo simples fato de a tese acusatória ser sustentada pelo Ministério Público (um órgão com dever de atuação objetiva). Assim, o dever de atuação objetiva do Ministério Público pode conviver com a possibilidade de haver um erro por parte desse órgão (já que se envolveu no recolhimento das informações investigativas) e, portanto, a posição do juiz enquanto órgão imparcial (que não se envolveu no recolhimento das informações investigativas) será sempre essencial à configuração do processo justo.

⁴³¹ Sobre a cultura policial, ver acima o capítulo 1. Sobre o elevado valor da eficiência na atividade policial, ver Sklansky, 2007:6; Armacost, 2004:454; Westmarland, 2005; Cheh, 1996:253. Especificamente sobre a postura policial de suspeita constante no exercício de sua atividade como uma racionalidade organizacional, ver Reiner, 2000:139. Indicando que a Polícia possui uma racionalidade diversa da do círculo judiciário, tendente à deriva

investigação preferencial de opositoristas e não preferencial de situacionistas⁴³². Assim, a pressão da cultura policial sobre a eficiência da investigação e a eventual permeabilidade da Polícia a pressões políticas pode, em verdade, criar uma situação inversa, de a Polícia estar mais predisposta a acreditar que o produto de seu trabalho investigativo é suficiente para sustentar uma acusação ou para sustentar um pedido de prisão preventiva, enquanto o Ministério Público entende que não o é.

Todavia, essa realidade sociológica (das pressões organizacionais informais) não altera o quadro legal, de que tanto Polícia quanto Ministério Público estão jungidos ao mesmo dever de atuação objetiva na fase investigativa. Portanto, legalmente a Polícia coadjuva o Ministério Público em seu interesse processual de confirmação ou refutação da veracidade das notícias de crime e está obrigada a idêntico dever de atuação objetiva e impessoal.

3.2.7 Análise das diversas modalidades de iniciativa investigativa policial e seu relacionamento com o controle pelo Ministério Público

Ora, se toda investigação criminal é feita no interesse do Ministério Público e sob seu controle, cumpre analisar qual seria a natureza jurídica das diversas iniciativas de investigação da Polícia. Podemos vislumbrar doze possíveis espécies de atos investigatórios⁴³³, que analisaremos a seguir.

(i) Atividades de inteligência criminal⁴³⁴: consiste no recolhimento sistemático de informações acerca da realidade dinâmica sobre a qual recai a atividade de policiamento, de

securitária de sua atuação e ao fortalecimento de racionalidades de eficiência, ver Faria Costa, 1994:221-222; Rui Pereira, 2004:119; Mathias, 2005:506.

⁴³² A bem da verdade, como advoga Ferrajoli, 2002:617, é recomendável que a Polícia Judiciária seja “dotada, em relação ao Executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao Poder Judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender”; entendendo-se, no pensamento de Ferrajoli, que o órgão do “Poder Judiciário” do qual a Polícia deve depender, na fase das investigações preliminares, é a “magistratura de acusação”, pois o juiz não deve se imiscuir na fase investigativa (Ferrajoli, 2002:466).

⁴³³ Nos inspiramos aqui na classificação de D’Ambrosio e Vigna, 2003:149-150, com alterações pessoais. Tais autores classificam a atuação policial em atividades de iniciativa própria (*attività a iniziativa*), que compreende uma atividade autônoma, atividade guiada (pelas diretivas genéricas), atividade sucessiva e atividade paralela, bem como uma atividade delegada (*attività delegata*), mediante delegações (aqui, requisições) de diligências específicas no caso concreto. Sobre esse tema, ver ainda Manzini, 1949(v. 2):274-279.

⁴³⁴ Apesar de a atividade de inteligência criminal diferenciar-se substancialmente da atividade de investigação criminal, preferimos tratar dessa atividade no âmbito do gênero investigação criminal *lato senso*, pois uma atividade de inteligência pode desaguar numa intervenção policial de prisão em flagrante, portanto com reflexos na atividade investigatória posterior (pois as informações já estariam previamente recolhidas na fase da inteligência criminal). Considerando que as atividades de prevenção criminal (e, portanto, o recolhimento de

forma a compreender quais são as espécies de crimes que estão sendo praticados, as áreas de vulnerabilidade social à prática delituosa e as possíveis estratégias de policiamento preventivo. No Brasil, a atividade de inteligência está genericamente disciplinada na Lei n. 9.883/1999, mas não há uma disciplina específica para a inteligência criminal⁴³⁵. A inteligência criminal não se volta para o passado, para a investigação de um crime específico já praticado, mas está ligada à compreensão do presente e o prognóstico do futuro, daquilo que pode ser feito para evitar a prática de outros crimes, para uma atividade de prevenção de perigos. A individualização de suspeita de prática de um fato criminoso concreto no passado é o fator delimitador entre a atividade de inteligência criminal (de prevenção de perigos) e a atividade de investigação criminal⁴³⁶. Há, todavia, uma zona cinzenta entre o limite da atividade de inteligência criminal e as situações de atuação em flagrante delito, pois se um crime ainda não foi praticado, mas se suspeita que ele será praticado, há aqui um interesse de segurança pública preventiva de impedir a prática do delito. Se forem recolhidas informações sobre a possível prática de um crime, a Polícia colocar-se a postos e evitar a consumação do crime, prendendo em flagrante os criminosos (situação conhecida como flagrante esperado), a atividade de coleta de informações anteriores à prática do crime (mas ligadas à suspeita de prática futura) não será propriamente uma atividade de investigação criminal, mas de inteligência, ainda que tais informações de inteligência possam posteriormente facilitar sobremaneira a atividade de investigação criminal⁴³⁷. Portanto, a Polícia Militar pode realizar atividades de inteligência criminal destinadas a orientar a alocação de seu efeito de policiamento ostensivo, bem como pode realizar atividades de inteligência destinadas à descoberta de crimes que estão sendo praticados no presente para justificar uma intervenção de restabelecimento da ordem pública, ou seja, situações de flagrante delito esperado.

informações destinadas à prevenção) estão fora do âmbito do controle tradicional do processo penal: Cunha, 1993:222; Albuquerque, 2009:653.

⁴³⁵ Estabelece o art. 1º da Lei n. 9.883/1999, §§ 2º e 4º: “§ 2º Para os efeitos de aplicação desta Lei, entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado. § 3º Entende-se como contra-inteligência a atividade que objetiva neutralizar a inteligência adversa”. Todavia, deve-se entender que essa atividade de inteligência está limitada ao Sistema Brasileiro de Inteligência, disciplinado nessa lei, tendo por órgão central a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e que tem por finalidade “fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional” e não propriamente de orientar a atividade administrativa policial.

⁴³⁶ Nesse sentido: Cunha, 1993:223.

⁴³⁷ Apontando que a doutrina processual penal ainda não desenvolveu os contornos exatos dos limites de admissibilidade da utilização das informações preventivas para fins investigatórios, ver Roxin, 2000:69.

Já no âmbito da atividade da Polícia Civil, a atividade de inteligência criminal não está ligada propriamente à alocação de recursos de policiamento, já que a função primordial da Polícia Civil não é o policiamento ostensivo de prevenção de riscos, mas sim a atuação repressiva para a investigação de infrações penais já praticadas. Assim, se há uma atividade criminosa com fatos já individualizados no passado, deve haver uma investigação criminal e não atos de inteligência. O problema da investigação dessas atividades criminosas é que muitas vezes o aspecto mais complexo da investigação consiste exatamente em descobrir a existência da atividade, em se obter a própria notícia do crime, situação que se denomina atualmente de investigações pró-ativas, ligadas especialmente às atividades de crime organizado, com repercussões relevantes no âmbito da existência de mecanismos de controle sobre tais atividades⁴³⁸. Para os efeitos da presente análise, também podemos atribuir à Polícia Civil a possibilidade de realizar atividades de inteligência criminal não de prevenção de riscos, mas para permitir descobrir a prática de potenciais crimes, de sorte a subsidiar sua intervenção em flagrante delito (e nessa medida, indiretamente, colaborar com a segurança de prevenção – consistente em impedir a consumação do crime). Essas atividades de inteligência criminal, por estarem fora do quadro tradicional do processo penal, devem ser exercidas no estrito limite da ausência de restrições a direitos fundamentais. Ou seja, admitem-se apenas as atividades que a Polícia pode realizar fora do inquérito policial, ou seja, atividades sistemáticas de observação da realidade, de entrevistas informais com pessoas (fora do quadro coercitivo de uma intimação para se prestar depoimento), e de organização e análise das informações obtidas.

Verifica-se, portanto, que há a possibilidade de uma concorrência de atividades de inteligência criminal entre as atividades de prevenção e de investigação, especialmente nas hipóteses de intervenção em flagrante delito ou no caso de atividades criminosas que se perpetuam no tempo, o que justifica que haja um constante intercâmbio de informações de inteligência entre ambas instituições para evitar a situação (infelizmente não rara) de policiais militares se adiantarem numa intervenção em flagrante delito, quando ainda não há provas suficientes da atividade criminosa, acabando por atrapalhar uma outra investigação que já estava em andamento pela Polícia Civil. Portanto, a atividade de inteligência criminal da Polícia Militar deve ter o cuidado de não adentrar indevidamente numa investigação criminal concreta

⁴³⁸ Sobre o problema das investigações pró-ativas, ver *infra*, subseção 3.3.4.

conduzida pela Polícia Civil (sob controle do Ministério Público). Assim, a atividade de inteligência criminal da Polícia Militar e Civil deve estar limitada ao conhecimento do *modus operandi* de uma atividade criminosa em geral, e sempre que houver a notícia concreta de um fato criminoso já individualizado no passado, tal informação deve ser repassada à Polícia Civil, para que haja a efetiva instauração de um inquérito policial, com o posterior controle pelo Ministério Público, evitando-se uma colisão de estratégias investigativas (ou, o que é pior, uma atividade investigativa sem controle pelo Ministério Público). Da mesma forma, a atividade de inteligência criminal da Polícia Civil não pode exceder-se quando houver a individualização de um fato concreto no passado, situação na qual o procedimento adequado para esclarecer tal fato concreto será o inquérito, e não procedimentos administrativos de inteligência, realizados fora do controle do Ministério Público.

Obviamente, não se está cogitando da utilização de agentes de inteligência não-policiais, como por exemplo agentes da ABIN, para a realização de atividades típicas de investigação criminal, e muito menos a realização, a pretexto de “atividades de inteligência”, de atividades claramente ilegais (como interceptações telefônicas sem autorização judicial ou a realização abusiva da vigilância continuada de pessoas em ofensa à sua intimidade)⁴³⁹.

(ii) Atos de manutenção da ordem pública com reflexos na atividade de investigação criminal: podem ser reconduzidas a essa modalidade as diligências investigatórias realizadas pela Polícia Militar. É certo que, de acordo com o texto constitucional, a atribuição da Polícia Militar consiste em realizar o policiamento ostensivo, a atividade policial de prevenção criminal e a manutenção da ordem pública. Em regra a manutenção da ordem não está necessariamente relacionada com atividades investigativas, especialmente na modalidade de prevenção da prática de crimes; todavia, quando um crime é praticado, surge para o Estado o dever de restabelecer a ordem pública, fazendo cessar a prática da infração penal e assegurar a detenção do infrator. Essa atividade de manutenção da ordem pode constituir o impedimento da continuidade do crime que ainda está na fase de tentativa (v.g., deter um ladrão no interior de um veículo, na iminência de furtar objetos em seu interior), ou em impedir o exaurir das

⁴³⁹ O STJ possui precedente, em apertada maioria (3x2), no qual considera que a participação de mais de 70 agentes da ABIN em atividades de investigação criminal, em conjunto com agentes da Polícia Federal, constitui um abuso de poder e, portanto, prova ilícita. STJ, 5ª T., HC 149.250/SP, rel. Min. Adilson Vieira Macabu, j. 7 jul. 2010, DJ-e 5 set. 2010.

consequências de um crime já consumado (v.g., recuperar a *res furtiva*, deter uma agressão em curso, salvar um refém de sequestro). Essa atividade de intervenção para restabelecimento da ordem pode ser exercida tanto pela Polícia Militar quanto pela Polícia Civil, todavia, em termos práticos, é muito mais usual que a primeira intervenção no caso de flagrante delito ocorra pela Polícia Militar, a quem compete primariamente a manutenção da ordem pública (ainda que não se trate de intervenção criminal). Isso significa, portanto, que na intervenção da Polícia Militar em uma situação de flagrante delito há inevitavelmente um aspecto investigativo, consistente em constatar a prática de um delito, deter o seu autor, identificar as possíveis testemunhas presentes no local, recolher relatos informais dessas testemunhas (para compreender a dinâmica dos fatos, realizar uma análise preliminar de justificação da restrição à liberdade do detido e localizar onde estão as evidências do delito) e acautelar as provas presentes no local, para serem entregues à Polícia Civil para a condução do inquérito (apreensão fática de objetos ligados à materialidade do delito, como armas, drogas, instrumentos do crime ou o seu proveito – v.g., a *res furtiva*).

A relevância dessa atuação investigativa da Polícia Militar é considerável, já que, no Brasil, grande parte dos casos esclarecidos pela Polícia Civil decorre de prisões em flagrante realizadas pela Polícia Militar. A intervenção de restabelecimento da ordem pública não precisa ser necessariamente numa situação de flagrante delito: a descoberta da prática do crime, ainda que não mais em situação de flagrante delito, mas que ainda enseja uma perturbação à ordem pública, pode eventualmente ensejar uma intervenção da Polícia Militar de caráter urgente⁴⁴⁰. Essa atividade investigativa exercida pela Polícia Militar possui um caráter limitado, pois está ligada à necessidade de uma intervenção de acautelamento da prova, justificada por uma situação de urgência na intervenção, consistente na impossibilidade de se aguardar a chegada da Polícia Civil (a Polícia de investigação) no local dos fatos para realizar o recolhimento daquelas informações investigativas, pois em tal situação certamente se dispersariam as informações investigativas. Há, portanto, uma colaboração da Polícia Militar com a atividade de investigação criminal, nas situações limítrofes entre a atividade de policiamento ostensivo e a atividade de investigação propriamente dita. Todavia, essa legitimidade investigativa da Polícia Militar cessa

⁴⁴⁰ Exemplo: sendo descoberto um cadáver já putrefato à beira de uma estrada, normalmente a primeira força policial a chegar ao local será a Polícia Militar (pois a notícia dessa situação de perturbação da ordem será encaminhada ordinariamente à central de comunicações da segurança pública). Nessa situação, apesar de não haver mais uma situação de flagrante delito, a Polícia Militar, ao chegar ao local, poderá acautelar as provas existentes no local até

quando há a intervenção local da Polícia Civil, que assume então a responsabilidade pela condução das investigações.

(iii) Atividade pré-cautelar: consiste no adiantamento de futuras diligências cautelares a serem decididas pelo juiz mediante requerimento do titular da ação penal. Sua principal manifestação é a detenção em flagrante delito. Hoje, essa natureza pré-cautelar está explicitamente acolhida no art. 310 do CPP, introduzido pela Lei n. 12.403/2011, que exige atualmente que o juiz, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, decida fundamentadamente pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Portanto, como a decisão de decretação de prisão preventiva é a medida cautelar prevista, a detenção em flagrante delito é uma medida anterior à medida cautelar (portanto, pré-cautelar), destinada a permitir que o juiz possa avaliar a necessidade de imposição da medida cautelar (mediante prévia manifestação do titular da ação penal). Também há possibilidade dessa atividade nas representações em geral que a autoridade policial faz para a posterior produção de uma medida cautelar em juízo, como a representação por interceptação telefônica, busca domiciliar, ou produção antecipada de provas; todavia, nessas outras atividades, a Polícia não chega a ter o poder de adiantar a produção da prova, mas apenas de remeter a informação para que o titular da ação penal promova em juízo o requerimento da ação penal cautelar. A atividade pré-cautelar é sempre uma atividade de iniciativa própria (mas não exclusiva) da autoridade policial⁴⁴¹.

(iv) Atividade de produção cautelar de prova: consiste na atividade de realizar determinadas atividades probatórias que não poderão ser reproduzidas em juízo e, por essa qualidade, já adquirem a natureza de uma antecipação da prova judicial, com as cautelas necessárias para assegurar a participação do possível suspeito do delito e do Ministério Público nessa atividade, de forma a minimizar a restrição ao contraditório na formação dessa futura prova. A situação mais ordinária de produção cautelar de prova consiste na realização de perícias irrepetíveis (normalmente o exame de corpo de delito e outras perícias de local) mas também

a chegada da Polícia Civil. Isso pode envolver isolar o local (preservar as provas) e recolher objetos de visível relação com a prova cujo não recolhimento imediato pudesse acarretar sua dispersão.

⁴⁴¹ Essa atividade pré-cautelar não é exclusiva, pois não é necessário haver uma representação policial para que o Ministério Público formule o requerimento das medidas cautelares que entender pertinentes. Nem mesmo no caso de prisão em flagrante a atribuição é exclusiva, pois, no caso de crimes praticados na presença de autoridade judiciária (v.g., crimes praticados em audiência ou no interior do fórum), é possível que ela mesma lavre o auto de prisão em flagrante (cf. CPP, art. 307) ou ainda que se requisite à autoridade policial a lavratura do APF, situação em que a lavratura se realizará na qualidade de cumprimento de uma requisição.

podem ser incluídas nesse conceito as apreensões de objetos ligados com o crime (se não fosse feita a apreensão naquele momento, provavelmente não seria possível fazê-lo posteriormente), e as interceptações telefônicas (essas sempre precedidas de autorização judicial). No caso das perícias, se sua realização for urgente não contará com a participação dos sujeitos processuais, todavia, se não for urgente, será necessária a participação dos sujeitos processuais⁴⁴². Essa atividade pode ser realizada tanto por iniciativa própria da autoridade policial, por requisição do Ministério Público ou por ordem judicial (no caso das diligências que necessitam dessa autorização para serem realizadas, nesse caso sempre precedidas de prévio requerimento pelo titular da ação penal).

(v) Atos investigatórios policiais iniciais de iniciativa própria da autoridade policial: assim que a Polícia Civil toma conhecimento da prática de uma infração, deve tomar todas as medidas necessárias para recolher as provas do crime, visando mapeá-las para que o titular da ação penal possa produzi-las em juízo. Nesse sentido, o art. 6º do CPP elenca uma série de atividades que a Polícia deve obrigatoriamente realizar (e o caráter oficioso da intervenção policial está evidente na expressão “a autoridade policial deverá”). Essa ação da Polícia ocorre por iniciativa própria, independentemente de qualquer requisição do Ministério Público. Mesmo nos países que estabelecem a investigação por direção do Ministério Público, acabam concedendo essa liberdade às Polícias, pois esse momento inicial das investigações ordinariamente não é possível haver uma requisição de diligências pelo Ministério Público, sendo essencial que a Polícia acautele as provas para evitar sua dispersão. Portanto, classificamos nessa categoria apenas as diligências urgentes, que não poderiam aguardar uma prévia manifestação de requisição do Ministério Público e que são, por sua natureza, próprias da atividade policial. Em termos práticos, não é nem mesmo o delegado de polícia quem ordena tais diligências, mas são os próprios agentes de polícia que tem a autonomia de ditar os rumos iniciais das investigações⁴⁴³.

(vi) Atos investigatórios policiais de continuação das diligências iniciais: diferenciamos essa hipótese de iniciativa investigativa da anterior, pois enquanto as diligências iniciais são marcadas pelo caráter de urgência da iniciativa, diante da impossibilidade de intervenção do Ministério Público, nas diligências de continuação há uma efetiva possibilidade de

⁴⁴² Ver comentários abaixo, na subseção 3.4.4.

⁴⁴³ Documentando, em pesquisa etnográfica na PCDF, que os Delegados-Chefes não conseguem fiscalizar todas as diligências conduzidas pelos agentes de Polícia, ver A.T. Costa, 2010:214.

intervenção do Ministério Público, desde que haja a efetiva comunicação da notícia do crime ao Ministério Público. Aqui existe uma grande falha no sistema brasileiro, que por sua estruturação da fase investigativa não permite ao Ministério Público ser obrigatoriamente comunicado da prática da infração penal no limiar da investigação, criando um canal de comunicação que permita uma pronta intervenção do Ministério Público, já requisitando as diligências que entenda necessárias ao esclarecimento dos fatos. No sistema atual, há uma transferência à Polícia da autonomia de conduzir as diligências investigativas de continuação das diligências iniciais (urgentes), e também a admissibilidade de condução do inquérito policial durante um período subsequente (que é em regra de 30 dias, cf. art. 10, *caput*, do CPP). Trata-se, com efeito, de um período de tempo extremamente dilatado para que a atividade policial se exerça sem qualquer espécie de controle concreto, criando, nas palavras de Albuquerque, uma “zona de semi-clandestinidade”⁴⁴⁴. *De lege ferenda*, seria conveniente essa alteração procedimental, para permitir que a notícia do crime fosse imediatamente repassada ao Ministério Público, para possibilitar-lhe uma intervenção tempestiva na fase inicial da investigação, bem como a fiscalização pronta da atividade policial, reservando-se à Polícia, todavia, uma iniciativa própria de investigação nas situações urgentes. Assim, a correta natureza jurídica dos atos investigatórios policiais de continuação das diligências iniciais deveria ser a de autonomia de condução até orientação específica do Ministério Público em sentido diverso, com a estruturação de um procedimento que permita a efetiva participação do Ministério Público nessa fase precoce da investigação. Todavia, ainda que não haja a estruturação desse procedimento de comunicação obrigatória, a obtenção dessa informação não é vedada ao Ministério Público, mediante uma iniciativa própria. Assim, na pendência do andamento do inquérito, logo após sua instauração, mas ainda dentro dos 30 dias nos quais permanece sob a condução inicial da Polícia, é perfeitamente lícito ao Ministério Público requisitar à Polícia o envio das informações investigativas já realizadas e, diante da obtenção dessa informação, requisitar as diligências

⁴⁴⁴ Albuquerque, 2009:647-8, comentando a situação de em Portugal de ser lícito à Polícia encaminhar a notícia do crime ao Ministério Público no prazo máximo de 10 dias, já visto lá como sendo demasiadamente excessivo. O que se diria se tal prazo for o triplo (30 dias) e ainda assim com o estabelecimento do termo *a quo* feito pela própria autoridade policial (ao dilatar a instauração do IP para realizar “diligências preliminares” que já são em verdade a própria investigação).

investigativas que entender pertinentes. Trata-se de uma possibilidade que não é vedada pelo sistema jurídico atual⁴⁴⁵.

(vii) Atos investigatórios próprios realizados pela Polícia em uma atividade guiada por recomendações genéricas *in abstracto*: Quando a Polícia age no cumprimento dessas diretivas genéricas do Ministério Público, apesar de se tratar de uma atuação policial concretamente de iniciativa própria, ela será uma diligência guiada pelos parâmetros dados pelo Ministério Público, portanto uma atividade não inteiramente livre, mas também não inteiramente vinculada (pois ainda se reserva à Polícia a faculdade de julgar se a situação concreta se amolda à diretiva genérica, o que pode comportar eventual espaço de divergência interpretativa)⁴⁴⁶.

(viii) Atos investigatórios especificamente requisitados pelo Ministério Público à Polícia: a partir do instante que o inquérito policial é encaminhado ao Ministério Público, ele está submetido à apreciação diretiva desse órgão, que é o destinatário primeiro da atividade investigativa. O Ministério Público pode promover o arquivamento, oferecer denúncia ou requisitar novas diligências. Se o Ministério Público manifestar-se por alguma das duas primeiras opções, o inquérito não retornará à Delegacia de Polícia, ainda que o delegado de polícia tenha outras diligências que repute interessantes. É claro que isso não impede a Polícia de recolher novas provas (efetivamente novas), que permitam, no caso de arquivamento do IP, a reabertura das investigações ou, no caso de denúncia, que as novas informações venham possibilitar ao Ministério Público requerer novas provas em juízo⁴⁴⁷, mas tais possibilidades excepcionais não desnaturam a essência da manifestação do Ministério Público como decisória do rumo da

⁴⁴⁵ Nesse sentido: STJ, RHC 1.695/MG, rel. Min. José Dantas, 5ª T., j. 24 jun. 1992, DJ 17 ago. 1992, p. 12506. Nesse precedente, havia um caso concreto de extorsão mediante sequestro, e ainda no curso das investigações, o promotor de justiça requisitou ao delegado de polícia que lhe encaminhasse no prazo peremptório de 24 horas as informações que tivesse sobre a investigação, tendo o delegado de polícia retardado prestar as informações ao argumento de que “na ortodoxia legal vigente, não tem o MP *ex-proprio-Marte*, competência ou qualidade para fixar qualquer prazo à autoridade policial”. Nessa situação, o STJ entendeu que claramente o Ministério Público tinha o poder de requisitar tais informações à autoridade policial (ainda que o IP não estivesse concluído) e que a omissão do delegado em prestar informações ao Ministério Público configurava crime de prevaricação (entendendo que os fatos descritos na denúncia contra o delegado configurariam crime em tese).

⁴⁴⁶ Sobre a atividade de iniciativa própria guiada: D’Ambrosio e Vigna, 2003:150. Comentamos adiante as diretivas genéricas, na subseção 3.4.6.

⁴⁴⁷ Tratando-se de provas documentais (CPP, art. 231) ou perícias complementares elas poderão ser juntadas aos autos até antes do encerramento da fase probatória (instrução criminal), e tratando-se de testemunhas, considerando que ordinariamente o rol já é apresentado pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, a informação da existência uma nova testemunha relevante poderá ser encaminhada ao juiz com requerimento do Ministério Público para que este realize sua oitiva na qualidade de testemunha do juízo (numa interpretação extensiva do art. 209, *caput*, do CPP).

investigação. Assim, quando há uma manifestação do Ministério Público no inquérito, dando sua orientação sobre os rumos da investigação, a partir desse instante a atividade policial fica jungida à diretiva delineada pelo Ministério Público.

Todavia, a iniciativa de investigação da Polícia após uma requisição do Ministério Público, feita com fundamento nos art. 13, II e art. 16 do CPP, art. 7º, II da LC n. 75/1993 e art. 129, VIII, da CRFB/1988, é diversa daquela relativa aos atos investigatórios iniciais, pois a partir desse momento a Polícia não estará mais agindo por iniciativa própria, estará agindo no cumprimento de uma requisição específica do Ministério Público, de atendimento obrigatório. Essa atividade possui duas diferenças em relação à atividade de investigação por iniciativa própria da Polícia: (1) o cumprimento das requisições do Ministério Público não pode ser recusado pela autoridade policial, portanto essa está vinculada ao cumprimento das requisições, (2) tratam-se de diligências que, em tese, o Ministério Público poderia cumprir diretamente em sua atividade de complementação das informações preliminares recebidas pela Polícia, nos termos do art. 47 do CPP (possibilidade de o Ministério Público requisitar documentos de autoridades públicas para instruir inquérito policial) e art. 7º, II (possibilidade de o Ministério Público propor provas em um inquérito policial) e art. 8º (possibilidade de o Ministério Público realizar diligências investigativas diretas), ambos da LC n. 75/1993, mas que entende mais conveniente requisitar sua realização da Polícia de investigação.

Nas situações nas quais a autoridade policial delineou um plano de trabalho investigativo na portaria inicial de instauração do inquérito policial, indicando as diligências investigativas que deverão ser realizadas para elucidar os fatos, não havendo tempo hábil para concluir todas elas, e sendo os autos do inquérito policial remetidos ao Ministério Público, ainda que o Ministério Público requirite uma diligência específica que já fora delineada na portaria inicial de instauração do inquérito, essa diligência não mais estará sendo realizada como um ato de investigação de iniciativa própria da autoridade policial, mas como um ato especificamente requisitado pelo Ministério Público. Isso porque os autos de inquérito policial apenas podem retornar à Delegacia de Polícia para continuidade das investigações se houver uma requisição de diligências pelo Ministério Público, portanto a investigação prossegue na qualidade de cumprimento de uma requisição ministerial, uma investigação já sobre o controle direto do Ministério Público. Nessa situação, se os autos do IP apenas retornam à Delegacia de Polícia para

cumprir as requisições do Ministério Público (tanto que não retornariam se o Ministério Público se manifestasse de forma diversa), então a autoridade policial fica obrigada a cumprir as requisições do Ministério Público em preferência a outras possíveis linhas de investigação⁴⁴⁸. O ato da autoridade policial de cumprir outras linhas de investigação e deixar de cumprir a linha de investigação requisitada pelo Ministério Público significa um descumprimento da requisição do Ministério Público, com as possíveis consequências legais (crime de prevaricação ou desobediência)⁴⁴⁹. Deve-se sempre presumir que a atividade de investigação é realizada no interesse do esclarecimento de um crime, para possibilitar ao titular da ação penal a promoção da responsabilização em juízo, e a intervenção do Ministério Público é feita exatamente para assegurar o sucesso de sua futura ação penal.

(ix) Atos investigatórios genericamente requisitados pelo Ministério Público à Polícia num caso concreto: quando o Ministério Público recebe os autos do inquérito policial e manifesta-se de forma genérica favoravelmente ao retorno à Delegacia de Polícia, o que há na verdade é uma requisição do Ministério Público à Polícia para a realização de todas as diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos, especialmente aquelas já indicadas pela autoridade policial e que estão pendentes de realização. Nessa situação, ainda assim há uma requisição de realização de diligências, o que retorna o marco legal da atuação policial no âmbito do cumprimento de uma diligência investigativa realizada não mais por iniciativa própria, mas mediante uma requisição do Ministério Público. Essa situação apenas seria admissível na hipótese de o Ministério Público efetivamente ter feito uma análise do material investigativo e verificado que o rumo inicial das diligências de investigação, traçado preliminarmente pelo delegado de polícia, é acertado e não merece reparos. A situação de o Ministério Público simplesmente não analisar a investigação e deixá-lo prosseguir até a obtenção de um relatório final pelo delegado de polícia é claramente ilegal e inconstitucional, por importar uma omissão no exercício de suas atribuições, portanto também é uma forma de desvio funcional pelo membro do Ministério Público⁴⁵⁰. Ainda assim, não é recomendável a expedição de requisições genéricas de investigações, pois elas enfraquecem o controle da atividade policial pelo Ministério Público,

⁴⁴⁸ Sobre a indicação de preferências de investigação, ver abaixo, item 3.4.3.5.

⁴⁴⁹ Sobre a obrigatoriedade de cumprimento das diligências requisitadas pelo Ministério Público, ver abaixo o item 3.4.3.1. Sobre a configuração criminal da desobediência à requisição, ver infra item 3.4.3.3.

tanto não dando direções concretas sobre o caminho que o Ministério Público pretende que seja percorrido para obter as informações preliminares, como também permitindo eventualmente uma dispersão da atividade investigatória, com realização de diligências desnecessárias à tomada de decisão pelo Ministério Público sobre o destino da ação penal.

(x) Atos investigatórios policiais subsequentes à requisição do Ministério Público à Polícia: quando a Polícia cumpre uma requisição de diligência do Ministério Público, é natural que surjam novas linhas de investigação até então não descortinadas quando da manifestação inicial do Ministério Público (v.g., após a colheita de um depoimento, há referência à existência de uma outra possível testemunha, até então desconhecida)⁴⁵¹. Portanto, a requisição de realização de diligências encerra consigo a autorização implícita para que a Polícia, após o cumprimento da requisição inicial do Ministério Público, cumpra as demais diligências de prosseguimento dessa linha investigativa, ainda que não explicitadas na requisição ministerial.

(xi) Atos investigatórios policiais paralelos às requisições do Ministério Público: apesar das observações anteriores sobre o enquadramento da atuação investigativa de ofício da Polícia (Civil ou Federal), também não se pode negar à Polícia a possibilidade de realizar outras diligências investigativas, ainda que não especificamente requisitadas pelo Ministério Público e não indicadas na portaria inicial de instauração do inquérito (portanto, não cobertas pela requisição genérica do Ministério Público de retorno dos autos à delegacia de polícia para o cumprimento das diligências já delineadas e ainda não realizadas). Essa admissibilidade de diligências paralelas às requisições do Ministério Público pode ser vista como expressão de uma autorização legal para realizar as diligências necessárias à elucidação dos fatos, no interesse do Ministério Público de obter a verdade, ou seja, munindo-o de informações que permitam uma maior probabilidade de acerto de sua decisão final sobre a investigação. Obviamente, essa prerrogativa de iniciativas investigativas paralelas (não cobertas na informação policial sobre a necessidade de continuidade das investigações) deve ser encarada como acessória da atribuição principal, ou seja, de realizar as diligências requisitadas pelo Ministério Público, que foram as diligências que justificaram o retorno dos autos à delegacia de polícia, de sorte que

⁴⁵⁰ Documentando que tal prática infelizmente não é rara: E.C. Silva, 2010:93. Ousamos dizer que a omissão sistêmica do membro do Ministério Público em realizar o efetivo controle das investigações a si encaminhadas pela Polícia, por mera desídia, configura o crime de prevaricação, previsto no art. 319 do CP.

as diligências requisitadas pelo Ministério Público são prioritárias e as outras diligências vislumbradas pela Polícia como úteis são secundárias (realizadas sem prejuízo da conclusão das diligências requisitadas pelo Ministério Público), sob pena de desvirtuamento da razão justificadora de retorno dos autos à Delegacia de Polícia (um verdadeiro desvio de finalidade). Em síntese, a atividade paralela é sempre uma atividade conjunta (diligências requisitadas e diligências paralelas), jamais uma atividade alternativa (diligências requisitadas ou diligências paralelas)⁴⁵².

(xii) Atividade de cumprimento de ordens judiciais: consiste no cumprimento de ordens emanadas de uma autoridade judicial. Tais ordens podem ser divididas em duas espécies: atos ligados à investigação criminal qualificados pelo requisito de prévia autorização judicial e os atos judiciais que necessitam de uso da força para assegurar sua efetividade. Na primeira categoria incluem-se o cumprimento de mandados de prisão cautelar na fase das investigações (preventiva ou temporária), as buscas e apreensões domiciliárias e interceptações telefônicas. Apesar de tais atos serem o cumprimento de uma ordem judicial, no fundo são o cumprimento de uma ação penal cautelar, movida pelo titular da ação penal, portanto ainda jungidas pelo interesse processual deste⁴⁵³. Na segunda espécie está o cumprimento dos mandados de prisão decorrente de sentença penal condenatória, no âmbito cível a prisão civil do devedor de alimentos ou depositário infiel, o cumprimento de ordens de condução coercitiva de testemunhas para atos judiciais em geral, e o cumprimento de ordens para localização de pessoas (v.g., testemunhas). Alguns ordenamentos jurídicos permitem que a Polícia também colabore com atos de comunicação processual, como a citação ou intimação, ou comunicação de futuras obrigações processuais (no Brasil, há previsão expressa apenas a colheita de compromisso de comparecimento perante o Juizado Especial Criminal como substitutivo da prisão em flagrante para o procedimento das infrações penais de menor potencial ofensivo, e da colheita do termo de compromisso de comparecimento aos atos do processo e de comunicação de mudanças de domicílio no caso de fiança concedida já na esfera policial, cf. art. 327 do CPP). Nesse último

⁴⁵¹ Sobre a impossibilidade de a requisição de diligências do Ministério Público vislumbrar todas as possíveis diligências que virão a ser necessárias no caso de seu eventual cumprimento, ver J. Almeida, 2011:45.

⁴⁵² Sobre as atividades investigativas paralelas, ver D'Ambrosio e Vigna, 2003:154.

⁴⁵³ Apesar de os atos de investigação criminal serem praticados, em regra, pela Polícia Civil, em situações excepcionais tem-se admitido que a Polícia Militar venha praticar tais atos, como, v.g., cumprir mandado de busca e apreensão domiciliar; ver Nucci, 2008:535.

caso, há uma colaboração com o interesse do processo, mas não por ordem judicial, mas por autorização direta da lei.

Feita a exposição dos possíveis atos investigatórios da Polícia, e sua relação com o controle pelo Ministério Público, cumpre analisar se tais atos são realizados por uma iniciativa própria da Polícia ou por uma iniciativa delegada pelo (ou de colaboração com o) Ministério Público.

Em relação aos atos de inteligência criminal (em sentido estrito, e não atos de investigação travestidos de inteligência), trata-se de uma atividade de iniciativa própria da instituição policial. Se é necessário empregar os recursos disponíveis de forma mais eficiente possível, a Polícia deve ter as ferramentas próprias para poder tomar essa decisão de alocação de seus recursos. Portanto, a atividade de inteligência criminal é um pressuposto necessário da atividade de gerenciamento dos recursos humanos e materiais da instituição policial. Obviamente, também o Ministério Público pode exercer atividades de inteligência criminal, inclusive para posicionar-se sobre a cobrança de posições por parte dos órgãos de segurança pública. Todavia, o importante a destacar é que a Polícia pode, por iniciativa própria e como prerrogativa dessa instituição (ligada ao exercício de suas atribuições), realizar atividades de inteligência criminal.

Quanto aos atos de investigação realizados como desdobramento de atividades de restabelecimento da ordem social (v.g., prisões em flagrante delito pela Polícia Militar), há uma legitimidade própria para a iniciativa do ato. É que há uma natureza dúbia nessa intervenção policial de restabelecimento da ordem, pois além da finalidade investigativa, há também uma finalidade básica de restabelecimento da ordem pública, atividade típica do poder executivo e nessa perspectiva alheia a um julgamento específico (restabelecer a ordem significa executar diretamente algo, não preparar o julgamento futuro). Portanto, o ato de restabelecer a ordem é o exercício direto da atribuição constitucional da Polícia de zelar pela segurança interna dos cidadãos, uma expressão do dever fundamental de proteção do Estado. Em relação aos atos de investigação que sejam concomitantes com essa intervenção de urgência (como a detenção do autor do crime e o recolhimento cautelar das provas reais), tratam-se de atos praticados no interesse da atividade de investigação, que podem ser reconduzidos aos atos de iniciativa própria de investigação policial no direcionamento inicial da investigação.

Em relação às diligências iniciais (urgentes), as diligências de continuação às iniciais (até diretiva em sentido diverso pelo Ministério Público), as diligências de subseqüentes à requisição ministerial e as diligências paralelas à requisição ministerial, todas elas são expressão de uma iniciativa própria da autoridade policial, em relação às quais não há necessidade de diretivas concretas pelo Ministério Público, mas que são praticadas no interesse do Ministério Público e sempre mediante seu posterior controle. A maior efetividade dos princípios constitucionais recomendaria que o controle fosse imediato, ou seja, assim que praticadas as diligências fossem elas prontamente encaminhadas ao Ministério Público.

No caso de recomendações genéricas *in abstracto* ou de requisições genéricas de diligências *in concreto*, há um parâmetro geral dado pelo Ministério Público, com o reconhecimento de que o caminho eleito é viável, mas a escolha concreta dos meios de investigação ainda estão largamente à disposição da autoridade policial, situação que acaba por reconduzir a modalidade de atuação a uma iniciativa própria.

Finalmente, em relação às diligências específicas requisitadas *in concreto* à Polícia, há aqui o cumprimento obrigatório de uma diretiva do Ministério Público. Portanto, aqui, a atividade policial não é mais livre, de iniciativa própria, ela é concretamente guiada pelo Ministério Público. Assim, não pode a Polícia escolher conduzir linhas investigativas paralelas em prejuízo das requisições de diligências feitas pelo Ministério Público. Pode até fazê-la em concomitância, não em exclusão. Ainda assim, numa situação mais extrema, se o Ministério Público expressamente se manifestou pela inviabilidade de continuação em determinada linha investigativa, deve-se entender que houve, no caso, o arquivamento das investigações em relação àquela linha investigativa⁴⁵⁴.

3.2.8 Abertura constitucional para uma possível (e necessária) reforma legislativa para a investigação controlada diretamente pelo Ministério Público

Percebe-se do texto constitucional brasileiro que o Constituinte não fez a atribuição exclusiva da titularidade de conduzir as investigações à Polícia Judiciária, ao contrário, previu na própria Constituição mecanismos de controle que permitissem que o titular da ação penal tivesse uma participação ativa na investigação, acompanhando-a obrigatoriamente,

fiscalizando sua legalidade e requisitando diligências investigativas. Esse quadro constitucional é imutável, pois deriva da própria lógica das relações entre órgãos policiais de investigação (recolhedores de informações destinadas a subsidiar uma acusação) e órgão de acusação (destinatário primeiro dessas informações investigativas), e que é comum em todos os países estudados comparativamente no sistema europeu continental (sem dúvidas o mais próximo da tradição histórica brasileira)⁴⁵⁵.

Poder-se-ia argumentar se o sistema constitucional brasileiro seria ou não compatível com uma reforma legislativa em nível infraconstitucional que atribuísse diretamente ao Ministério Público a titularidade de controlar as investigações (instaurando o inquérito criminal) e posteriormente atribuindo à Polícia a possibilidade de recolher os elementos de informação preliminar e repassando-os ao Ministério Público⁴⁵⁶. Esclareça-se que não se está discutindo aqui o tema da investigação direta pelo Ministério Público (em que o Ministério Público realiza diretamente todos os atos de investigação – situação já aceita pelos últimos precedentes do STF⁴⁵⁷), mas de instauração da investigação pelo Ministério Público e posterior requisição de diligências à Polícia, já com a indicação da linha investigativa pelo próprio titular da ação penal (mas com a substancial vantagem de permitir o acompanhamento imediato de todas as diligências investigativas pelo Ministério Público). Em nossa visão, o constituinte brasileiro não fechou questão quanto a esse tema, sendo ambos os sistemas admissíveis em nível de regulamentação infraconstitucional.

Aliás, em termos de maximização da eficiência do sistema investigativo, é muito mais produtivo que o Ministério Público possa acompanhar logo no início das

⁴⁵⁴ Sobre o arquivamento de linhas de investigação, ver comentários infra, na subseção 3.4.8.

⁴⁵⁵ Sobre essa semelhança histórica do Brasil com os sistemas europeus continentais (de que a Polícia tem uma atuação inicial e se limita quando o “Sistema de Justiça” toma a iniciativa), ver o comentário de J.M. Almeida Jr., 1920:274: “a atuação da Polícia Judiciária começa no momento em que o delito se manifesta e deve acabar no momento em que o juiz toma dele conhecimento. A Polícia Judiciária precede e facilita a instrução, verificando, buscando, inquirindo, coligindo indícios e provas, sem contudo apreciá-las, nem definir-lhes o caráter legal; prepara a ação do juiz, mas dela não participa senão para executar os seus mandatos”.

⁴⁵⁶ Em verdade, o elemento decisivo da proposta não é a instauração do inquérito pelo Ministério Público, mas a necessidade de o Ministério Público ter acesso concomitante (e não meramente posterior) ao desenrolar da atividade policial, tanto recebendo imediatamente a notícia do crime, quanto as demais diligências investigativas realizadas pela Polícia, de forma a possibilitar sua intervenção imediata para obtenção das provas que considera essenciais ao ajuizamento da denúncia. Genericamente sobre a admissibilidade de atividade de controle externo concomitante, ver Di Pietro, 2001:587. Vale ressaltar que a maior conveniência da condução da investigação criminal pelo Ministério Público já tem sido reconhecida inclusive no âmbito sociológico: ver R. Aguiar, 2001:214.

investigações o desenrolar dos fatos, indicando precocemente as diligências que reputa mais relevantes para o esclarecimento dos fatos, ou afastando liminarmente linhas de investigação que em sua *opinio delicti* não sejam juridicamente viáveis (e, repise-se, a *opinio delicti* pertence ao Ministério Público e não à Polícia de investigação)⁴⁵⁸. Assim, sistemas como o português e o italiano são substancialmente mais eficientes ao estabelecer à Polícia a obrigação de repassar imediatamente a notícia do crime ao Ministério Público e, apesar de prever uma iniciativa própria de recolhimento de informações investigativas no interesse do Ministério Público, estabelecem a obrigatoriedade de encaminhamento imediato dessas informações ao Ministério Público, para acompanhamento *pari passu* das investigações⁴⁵⁹. Esse acompanhamento em tempo real das investigações possui duas grandes vantagens em comparação com o sistema infraconstitucional atual de remessa periódica dos autos do IP ao Ministério Público, pois permite ao titular da ação penal avaliar prontamente o andamento das investigações, assim que ocorrer a colheita de cada depoimento, assim que realizado cada ato investigativo (v.g., buscas domiciliares), permitindo melhor controle das investigações (intervenção requisitando diligências, arquivando linhas de investigação, já avaliando prontamente a suficiência das informações para a propositura da ação penal, bem como acompanhando a legalidade de cada um dos atos investigativos praticados pela Polícia), bem como permitiria a agilização da própria atividade investigativa, pois se aboliria o atual sistema vetusto de paralização das atividades investigativas para remessa dos autos da investigação ao Ministério Público.

Com efeito, atualmente, se uma testemunha não é localizada pela Polícia numa primeira tentativa de intimação para comparecimento e é necessária uma nova intimação num

⁴⁵⁷ Ver discussão sobre a investigação direta pelo Ministério Público adiante na seção 3.5.

⁴⁵⁸ Aqui utilizamos a expressão *opinio delicti* no sentido da decisão do Ministério Público para o exercício (ou não) da ação penal. Há segmento doutrinário que critica a utilização dessa expressão, afirmando que seria uma diminuição da posição atual do Ministério Público, dando-lhe a função de externar uma mera opinião, um parecer sobre o caso, quando na verdade o Ministério Público é o titular da decisão de acusar ou não acusar, e de sustentar essa acusação, ou seja, de exercer a ação penal. Nesse sentido, ver E.C. Silva, 2010:120. Todavia, não vemos problemas em se utilizar uma expressão já largamente consolidada, desde que se enquadrando seu significado, ou seja, quem pode exercer a imputação penal sobre a existência de um crime na fase investigativa (seja durante ou ao final) é o Ministério Público, o titular da ação penal, e não se trata de mero parecer opinativo, mas já de uma faceta do exercício da ação penal.

⁴⁵⁹ Indicando que o acompanhamento em tempo real das investigações é o melhor sistema de controle da atividade policial: Gössel, 1996:631. Argumentando que a condução das investigações pelo Ministério Público traz ganhos de celeridade e de eficiência da investigação: Espina Ramos, 2008:416. Realizando extenso estudo sobre os diversos sistemas comparados de investigação criminal e concluindo pela maior eficiência do sistema no qual o Ministério Público conduz a investigação, como em Portugal em Itália, ver Lopes Jr., 2003. Segundo referido autor, “investiga melhor quem acusa, acusa melhor quem investiga”.

outro endereço que consta dos autos, se o prazo de devolução dos autos do IP à Justiça já está na iminência de esgotar-se, usualmente a Polícia deixa de providenciar a intimação da testemunha para encaminhar os autos à Justiça e, apenas quando o IP retornar é que o escrivão de polícia irá reanalisar o caso, e redesignar uma data para a oitiva da testemunha; obviamente, entre o tempo de reanálise e redesignação de nova data para oitiva da testemunha há uma perda de tempo substancial, que poderia ser evitada se a Polícia já tivesse a possibilidade de continuar ordinariamente com as diligências investigativas que julgar necessárias ao esclarecimento dos fatos (como se em toda investigação já houvesse uma “autorização genérica *ope legis*” de realização de atos investigativos úteis à elucidação dos fatos), e com o acompanhamento instantâneo das diligências pelo Ministério Público logo após sua prática. Ela também agiliza o trabalho policial, pois se há, por exemplo, três diligências restantes a serem realizadas, é possível que a realização da primeira delas já permita ao Ministério Público dispensar as outras duas e formar sua *opinio delicti*, quando, no sistema atual, a Polícia seria obrigada a continuar envidando esforços para realizar as outras diligências restantes enquanto não se esgotasse o prazo da investigação anteriormente concedido. Finalmente, ele institucionaliza um mecanismo de aproximação institucional entre Ministério Público e Polícia criminal, já que um dos maiores problemas atuais da fase investigativa é exatamente o inadequado distanciamento do Ministério Público dessa fase⁴⁶⁰.

Nessa proposta, haveria dois autos, um na delegacia de polícia, e outro com o Ministério Público, de sorte que assim que a Polícia recebesse a notícia do crime deveria reencaminhá-la imediatamente ao Ministério Público, e assim que concluísse cada ato investigativo já encaminharia cada uma das peças diretamente ao Ministério Público, para o controle *pari passu*, devendo o Ministério Público periodicamente avaliar as investigações, para requisitar novas diligências, promover o arquivamento, oferecer denúncia ou ainda para cobrar da Polícia eficiência diante de uma omissão persistente na realização de diligências investigativas⁴⁶¹. Nesse sistema, sempre que o Ministério Público necessitar de qualquer diligência restritiva de

⁴⁶⁰ Indicando que o maior problema da fase investigativa no Brasil é esse distanciamento indevido pelo Ministério Público: Santin, 2007:241-246. Criticando o inquérito policial, afirma Lazzarini, 1999:175: “O inquérito policial, que trava a Polícia Judiciária, é fonte de corrupção, gerador de violências e fator de descrença da população na Justiça Criminal”.

⁴⁶¹ Sobre a formalização dos autos da investigação criminal, estabelece o art. 218 do CPP federal argentino: “O Promotor de Justiça formará um arquivo [*legajo*] da investigação, com a finalidade de preparar seu requerimento,

direitos fundamentais, como a prisão preventiva, buscas domiciliárias, interceptações telefônicas, quebra dos sigilos bancário, fiscal ou telefônica, sequestro cautelar de bens, restituição de bens apreendidos havendo controvérsia sobre sua propriedade *etc.*, o Ministério Público iria ajuizar uma medida cautelar específica para a solicitação dessa providência, ficando o juiz reservado para sua função específica, ser um protetor da restrição das liberdades no âmbito da atividade investigativa, exercendo a jurisdição (dizer o direito) diante de requerimentos específicos⁴⁶². O Ministério Público seria, portanto, o receptor direto de toda atividade investigativa⁴⁶³.

Ao final das investigações, o Ministério Público analisaria a suficiência das provas colhidas e decidiria diretamente pela promoção da ação penal, com posterior controle pelo juiz, ou pela promoção de arquivamento da persecução penal, com posterior controle por um órgão interno do Ministério Público, mediante prévia intimação da vítima, que poderia concordar com a promoção de arquivamento ou dela discordar. Essa centralização do controle do encerramento das investigações dentro do Ministério Público (numa verdadeira aplicação do art. 28 do CPP a todas as investigações) teria o efeito benéfico de retirar a participação do juiz dessa fiscalização, fortalecendo o sistema acusatório (com o sério problema de imparcialidade decorrente de o juiz afirmar que é necessário ajuizar a ação penal e depois ele mesmo julgar essa

que não estará sujeito a formalidade alguma, salvo as normas práticas sobre documentação que dite o Procurador-Geral”.

⁴⁶² Atualmente, o juiz não exerce concretamente qualquer função jurisdicional na tramitação do IP. Nesse sentido, afirmando que a função do juiz no IP é a de mero administrador, sendo-lhe vedada funções de investigação, ver: STF, HC 92893, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. 2 out. 2008, DJe-236 de 11 dez. 2008. Essa função de “administrador” consiste, na prática, em recebe o IP da Polícia, reencaminhá-lo ao Ministério Público e vice versa. Essa função é absolutamente dispensável. Não se pode dizer que o juiz exerça uma função ativa de fiscalização do IP, pois ordinariamente ele sequer toma conhecimento do IP, delegando a atribuição de tramitação do IP ao diretor de secretaria. O juiz apenas exerce efetivamente funções jurisdicionais ao decidir os requerimentos de medidas cautelares. Ainda no caso da decisão de arquivamento do IP, a decisão em si não deveria ser vista como jurisdicional, mas ainda como uma decisão administrativa de encerramento de uma atividade de investigação (e, portanto, como uma função anômala do juiz de fiscalizar o cumprimento do princípio da obrigatoriedade pelo Ministério Público). Sobre a natureza jurídica ainda administrativa da decisão de arquivamento do IP (judicial mas não jurisdicional, portanto sem efeitos de coisa julgada), ver R.S.M. Cruz, 2008:201 (com apoio nas lições de Cordero, Rocco, Jardim e vários outros).

⁴⁶³ Correlacionando tramitação direta dos IPs entre Polícia e Ministério Público com o sistema acusatório, ver E.C. Silva, 2010:96-99. Ver ainda sobre o tema, com posição mais reduzida: Santin, 2007:87-88. Em alguns Estados brasileiros já se superou a tramitação do IP via Judiciário para uma tramitação direta entre Polícia e Ministério Público. Esse é o caso, v.g., do Estado do Rio de Janeiro (ver Jardim, 2005:329-333; M.P. Lima, 2008(v.1):147), no Paraná (ver Provimento n. 119/2007 da Corregedoria-Geral do TJ/PR) e na Justiça Federal (ver Resolução n. 63/2009 – do Conselho da Justiça Federal). Ver ainda a recomendação constante do Enunciado n. D3 do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012. A vantagem desse sistema é retirar do Judiciário e atribuir diretamente ao Ministério Público a responsabilidade pela atividade de correção da tramitação do IP. O projeto de

ação penal), bem como de permitir uma centralização na formação da política-criminal de promoção da ação penal, em um órgão interno da Administração Superior do Ministério Público, fortalecendo a unidade institucional e evitando que um acordo entre promotor de justiça e juiz criminal permita o arquivamento de crimes sérios, ao argumento de “limpar a vara”...⁴⁶⁴

Um sistema como tal seria perfeitamente constitucional, pois continuaria reservando às Polícias Civil e Federal a atribuição de realizar as investigações, reforçaria a posição do Ministério Público enquanto órgão de controle externo da atividade policial, e reservaria ao juiz sua função ideal de órgão garantidor das liberdades. Traria, ademais, quatro vantagens significativas de agilização da investigação criminal: (i) permitiria que o Ministério Público tivesse conhecimento da notícia do crime logo no início da investigação, permitindo uma pronta indicação das diligências que considera relevantes para o caso⁴⁶⁵; (ii) cortaria a tramitação do inquérito via judiciário, já que o juiz ordinariamente nada possui a fazer na investigação antes de qualquer requerimento do Ministério Público, sendo mero órgão de transporte desnecessário; (iii) permitiria à Polícia a possibilidade de continuar *ex officio* as diligências de interesse à acusação, sem necessitar interrompê-las para remeter os autos do IP; e (iv) possibilitaria ainda ao Ministério Público o acompanhamento imediato dos atos de investigação criminal realizados, com reflexos na eficiência (intervenção imediata no redirecionamento da investigação) e na pronta proteção contra possíveis desvios⁴⁶⁶. O sistema se tornaria substancialmente mais transparente e eficiente do que é hoje. Não se pode esquecer que em todos os países estudados no

novo CPP, aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2010 (PLS n. 156/2009), estabelece a tramitação direta do IP entre Polícia e Ministério Público, e cria a figura do “juiz das garantias”.

⁴⁶⁴ Defendendo esse sistema de controle interno dos arquivamentos de IPs, ver D.C. Ribeiro, 2003:146; M.P. Lima, 2008(v.1):160-1. E.C. Silva, 2010:99-105. Contra, ao argumento de impossibilidade fática de o órgão superior do Ministério Público fiscalizar a grande quantidade de IPs: Tourinho Filho, 2010(v.1):342. Segundo Hünerfeld, 1985:130, a possibilidade de impugnação administrativa pela vítima da decisão ministerial de arquivamento é um importante elemento para elevar a qualidade dos trabalhos nessa fase. Parece-nos que caberia ao Ministério Público se reorganizar para efetivamente exercer a titularidade da ação penal, o controle externo da atividade policial, e ter garantias procedimentais de controle suficientes.

⁴⁶⁵ Ver relatório da ONU sobre a ineficiência da investigação policial no Brasil, que indica como uma das possíveis soluções (Alston, 2009, item F.95.a): “os governos estaduais devem assegurar que a Polícia Civil notifique os promotores de Justiça logo no início de suas investigações, para que os promotores de Justiça possam providenciar diretivas tempestivas sobre quais provas devem ser recolhidas para obter uma convicção”.

⁴⁶⁶ Gössel, 1996:631, acrescenta que seria conveniente, para o melhor funcionamento de um sistema desses, que a estrutura policial tivesse um paralelo com a estrutura do Ministério Público, de sorte que já estivesse estabelecido de ante-mão quem é o “promotor natural” para acompanhar determinadas medidas investigativas de uma unidade policial. Essa proposta parece razoável, pois concentra a atividade de controle externo num único órgão, tornando-o, portanto, efetivamente responsável pela atuação policial, e fomentando o entrosamento interinstitucional. Vale relembrar que no Rio de Janeiro a divisão das Promotorias de Investigação Criminal é vinculada ao órgão policial (Jardim, 2005:325-334).

direito comparado, há uma clara tendência de o Ministério Público assumir a responsabilidade pela direção direta da atividade de investigação criminal; essa diminuição do espaço de iniciativas de investigação pela Polícia sem o controle direto do Ministério Público constitui uma preocupação constante para assegurar eficiência e proteção de direitos no âmbito da investigação criminal.

Não nos parece que seja necessário uma separação das funções entre o órgão do Ministério Público que controla (dirige) as investigações e o órgão formula a acusação, para assegurar uma maior imparcialidade na decisão de acusação⁴⁶⁷. É que há uma ligação umbilical entre dirigir a investigação e formular acusação: como se investiga para decidir se há viabilidade de formular uma acusação, é essencial que quem controla a investigação se responsabilize pela acusação, exatamente para assegurar que a investigação não se exceda em caminhos desnecessários à acusação (investigação excessiva), não deixe de analisar pontos relevantes (investigação insuficiente) nem incida em ilegalidades que eventualmente contaminem o sucesso da acusação (investigação ilícita). Separar o controle da investigação da responsabilidade de acusar é permitir uma investigação não direcionada à sua finalidade, portanto, uma investigação potencialmente excessiva, insuficiente ou finalisticamente descontrolada. O contrapeso de controle sobre a acusação deve ser feito pelo juízo deliberatório realizado pelo magistrado na admissibilidade da acusação e por seu controle das diligências restritivas de direitos fundamentais. E pela possibilidade da defesa fiscalizar a legalidade dessa fase investigativa, inclusive de propor a realização de diligências investigativas de interesse da defesa, com um possível recurso judicial contra a denegação arbitrária, e a vítima eventualmente fiscalizar a inação ministerial, com um possível recurso ao órgão superior do Ministério Público.

Ordinariamente às instituições policiais não agrada esse tipo de proposta, pois ela acaba por desmaterializar os autos do inquérito policial, transformando-o numa atividade racional compartilhada entre os órgãos efetivamente responsáveis pela fase investigativa e não num amontoado de papel e tramitações irracionais. A proposta explicita a verdadeira posição institucional dos intervenientes na fase investigativa e assegura a maximização da eficiência de suas atividades. A existência física dos autos do IP é representada como uma segurança psicológica à Polícia, uma forma de valorização institucional (“o inquérito pertence à Polícia”),

⁴⁶⁷ Esse problema foi levantado por Martín Pastor, 2003:203.

ainda que obtida ao custo da eficiência da própria Polícia (necessidade de interromper as investigações para remeter o “seu” inquérito ao Ministério Público). O domínio do inquérito sem obrigatoriedade de comunicação ao Ministério Público por 30 dias dá à Polícia o controle exclusivo das investigações, sem a “interferência indevida” do Ministério Público, dando a sensação de que a investigação durante esse período pertence exclusivamente à Polícia (apesar de, mesmo no sistema atual, o Ministério Público poder requisitar informações sobre o andamento das investigações mesmo antes da conclusão desse prazo⁴⁶⁸). A tramitação triangular do IP também dá algum conforto psicológico à Polícia, pois aparenta que a Polícia age sob controle do juiz, e que o juiz é ordinariamente um bom controlador da Polícia, já que não se imiscui na atividade policial; quando na verdade o juiz não se imiscui na atividade policial exatamente pelo fato de não ser função constitucional do juiz atuar como um fiscal *pro societate* na fase das investigações, fiscalizando a eficiência da atuação policial e direcionando as investigações para a melhor localização das provas. Essa função de fiscalizar a eficiência da Polícia na investigação, de direcionar a busca às provas mediante requisições de diligências é função privativa do Ministério Público, enquanto titular da ação penal e órgão constitucionalmente responsável pelo controle externo da atividade policial. É do exercício dessa função de controle que nascem os usuais atritos institucionais entre Polícia e Ministério Público, mas não se pode fugir do papel constitucional de cada ator⁴⁶⁹.

Talvez ainda haja outras três razões na insistência desse *lobby policial*: primeiro, se a investigação fica privativamente nas mãos da Polícia durante o período de condução do IP, será a Polícia quem terá o monopólio dessas informações, e decidirá ela mesma o que, quando e como será repassado à mídia; portanto, o monopólio policial da investigação (ainda que durante o período inicial de 30 dias ou nos posteriores se houver requisição de novas diligências), significa também o monopólio das entrevistas jornalísticas, portanto, um espaço de afirmação institucional perante a opinião pública. Em segundo lugar, a comunicação imediata da notícia do crime ao Ministério Público acaba por transferir a esse órgão a primazia na indicação

⁴⁶⁸ Nesse sentido, reconhecendo que a omissão ou retardo do delegado de polícia em prestar informações requisitadas pelo Ministério Público sobre o andamento das investigações, mesmo antes da conclusão do prazo ordinário do IP, constitui crime de prevaricação, ver: STJ, RHC 1.695/MG, rel. Min. José Dantas, 5ª T., j. 24 jun. 1992, DJ 17 ago. 1992, p. 12506.

⁴⁶⁹ Destacando esses conflitos: B.A. Machado, 2011. Eles estão explícitos em algumas falas de delegados de polícia, documentados por Hagen, 2006:69: “o promotor quer a cadeira do delegado”, “a gente não é nenhum empregadinho do Ministério Público”, “isso eu sempre deixava claro: eu não aceito requisição”.

das diligências que são efetivamente relevantes para a propositura da ação penal, com uma possível diminuição simbólica da relevância da intervenção do delegado de polícia (uma diminuição meramente aparente, pois sempre será necessário um organizador das diligências investigativas de urgência nos primeiros momentos da atividade de investigação). E Terceiro, esse sistema explicita que as intervenções do juiz no inquérito ocorrem como um deferimento de atos de postulação de ações penais cautelares e, portanto, como há necessidade de atos postulatórios, a iniciativa deles apenas pode pertencer ao titular da ação penal principal, e à Polícia (que não é sujeito processual, mas órgão auxiliar do sujeito de acusação). Nesse sistema, necessariamente as representações policiais pelo deferimento de prisão preventiva, buscas domiciliárias, interceptações telefônicas e outros, seria encaminhada ao Ministério Público para que o titular da ação penal avalie se há ou não interesse processual no requerimento da diligência, e formule efetivamente esse requerimento, enquanto no sistema atual muitos juízes aceitam receber diretamente da Polícia as representações, e muitas vezes decidem (em violação clara ao sistema acusatório) sobre a representação sem prévia manifestação do Ministério Público (ou o que é pior, contra a manifestação do Ministério Público), como se as representações policiais fossem atos postulatórios em juízo, situação que significa um ato de jurisdição sem ação (pelo titular do direito de ação)⁴⁷⁰.

O dia em que se implementar uma tramitação eletrônica do IP (aliás, essa tramitação já é possível, nos termos da Lei n. 11.419/2006, art. 1º, § 1º, que permite a aplicação das regras de processo eletrônico ao processo penal), não haverá como escapar dessa lógica de recondução da Polícia, Ministério Público e juiz, cada qual à sua função constitucional, retirando-se os gargalos de burocracia desnecessária e agilizando as atuações de cada sujeito. Uma tramitação eletrônica do IP permitiria que assim que fosse iniciada uma investigação a notícia do crime já estivesse automaticamente disponível ao Ministério Público, para uma manifestação preliminar. Essa tramitação eletrônica do IP não permitiria sua tramitação via Judiciário, apenas para o diretor de secretaria dar um carimbo “ao Ministério Público”, pois se esse é o único caminho possível o computador o fará automaticamente, ainda que permitindo ao juiz, quando queira, ter pleno acesso aos autos da investigação. Uma tramitação eletrônica do IP permitiria que, assim que alimentado o sistema com a realização de uma diligência pela Polícia, essa

⁴⁷⁰ Sobre o tema da impossibilidade de deferimento de ações penais cautelares sem prévio ato postulatório do Ministério Público, ver: E.C. Silva, 2010 (seção 3.2); Santin, 2007:232. Ver comentários adiante, subseção 3.4.11.

diligência já esteja automaticamente disponível ao Ministério Público para avaliar sua relevância para os rumos da investigação, já permitindo que o Ministério Público se manifeste com a requisição de novas diligências (que pode ser feita mesmo durante o prazo que atualmente um IP está remetido à delegacia de polícia), promoção de arquivamento (sem necessidade das outras diligências que seriam feitas desnecessariamente) ou o oferecimento imediato da denúncia (juntando-se posteriormente outras diligências investigativas realizadas pela Polícia). Uma tramitação eletrônica do IP permitiria que o Ministério Público fosse instado automaticamente, ao final de um prazo periódico, a se manifestar sobre os rumos da investigação, mesmo que a Polícia não remetesse nenhuma diligência investigativa. Um sistema eletrônico permitiria o *feedback* automático à Polícia sobre o destino dado às suas investigações, informando-a que já houve o arquivamento ou o oferecimento da denúncia. Finalmente, um sistema eletrônico permitiria que o juiz fosse instando quando efetivamente houvesse necessidade de sua intervenção: diante do requerimento de uma medida cautelar. Como no computador não há espaço para diligências irracionais e perdas de eficiência, um sistema eletrônico reconduziria cada ator da investigação ao seu efetivo papel constitucional.

Ainda assim, mesmo que uma lei infraconstitucional conceda ao Ministério Público a titularidade de instaurar e direcionar as investigações, essa lei não poderá retirar da Polícia a possibilidade de ter uma iniciativa *ex proprio marte* de realizar atos de investigação no interesse da acusação, especialmente nas situações de intervenções de natureza urgente, como o são em geral a intervenção em flagrante delito, a inspeção de local de crime e o recolhimento das primeiras informações sobre a prática de um crime. A discussão, portanto, consiste em se atribuir ao Ministério Público a possibilidade de acompanhar prontamente essas diligências investigativas de iniciativa urgente (como ora se propõe) ou reservar ao Ministério Público uma iniciativa de acompanhamento já tardia (um mês após os fatos, como ocorre atualmente). Parece-nos que, em termos de política criminal de gestão da fase investigativa, uma intervenção pronta do Ministério Público é substancialmente mais eficiente em termos de assegurar o melhor resultado das investigações, e evitar o desperdício de energia investigativas em situações nas quais o Ministério Público já antevê ausência de sucesso ou já vislumbra suficientes as informações recolhidas⁴⁷¹.

⁴⁷¹ É claro que a eficiência de uma tal proposta passa também pela mudança de cultura do próprio Ministério Público sobre o seu papel na fase das investigações, de ser um efetivo controlador da atividade policial. Infelizmente não é raro situações nas quais o órgão do Ministério Público simplesmente não realiza um acompanhamento do

3.3 Controle da comunicação das notícias de crimes

O problema do controle da comunicação das notícias de crimes está ligado à necessidade de assegurar que toda notícia de crime chegue efetivamente ao conhecimento do Ministério Público para que ele possa manifestar-se sobre a viabilidade jurídica da persecução penal, bem como para possibilitar que o Ministério Público tenha uma intervenção pronta no âmbito da investigação criminal, já requisitando à Polícia as diligências que considera relevantes para a elucidação do crime ou já se manifestando prontamente pela suficiência das provas já colhidas ou pela clara inviabilidade de continuidade das investigações. Isso porque a grande maioria do trabalho policial é realizado de forma reativa, após uma comunicação formal de crime⁴⁷². Também está relacionado ao direito do cidadão de que haja seguimento às suas comunicações de crimes, perspectivada a atividade investigativa como um serviço público de segurança vinculado aos princípios da eficiência e transparência.

No sistema brasileiro, não há a obrigatoriedade de a Polícia comunicar imediatamente o Ministério Público sobre as notícias de crimes. Ao contrário, a transmissão obrigatória da notícia do crime ao Ministério Público instrumentaliza-se mediante a obrigatoriedade da Polícia instaurar IP diante de uma notícia de crime e de posteriormente remetê-lo ao Ministério Público no prazo máximo ordinário de 30 dias. Portanto, o problema do controle da comunicação das notícias de crime assume dois aspectos no sistema brasileiro: o primeiro, de política criminal, relativo à análise da conveniência de manutenção de um sistema no qual o Ministério Público não participa, *de lege lata* como regra geral, da fase inicial das

desenrolar das diligências realizadas pela Polícia, aguardando “em berço esplendido” a chegada do relatório policial de conclusão das investigações e enquanto isso proferindo despachos genéricos de “pelo retorno à DP, conforme solicitado”, ou seja, de requisições genéricas de investigações sem análise efetiva do material investigativo já produzido. É óbvio que essa posição, apesar de não “incomodar” a Polícia, num primeiro momento, com as requisições de novas diligências pelo Ministério Público, acaba se manifestando extremamente deterioradora da capacidade de investigação da Polícia, pois numa situação em que as informações obtidas já sejam suficientes para formar a *opinio delicti* (seja pelo arquivamento, seja pela propositura da ação penal), mas ainda restam diligências investigativas vislumbradas como possíveis quando da determinação de abertura do IP pelo delegado de polícia, então a Polícia fica “compelida” a concluir as diligências inicialmente apontadas, mesmo numa situação em que já não há mais sucesso investigativo ou já poderia ter sido iniciada a ação penal, situação na qual o IP ficará circulando entre Polícia e Ministério Público por alguns anos até ser alcançado pela prescrição, retirando, enquanto isso, a energia processual dos atores envolvidos na atividade investigativa. Portanto, o não envolvimento do Ministério Público na investigação é extremamente danoso para a própria eficiência da atividade policial. Para diversas críticas do sistema de investigação brasileiro, especialmente retirando os poderes de investigação do juiz e atribuindo o controle da atividade policial diretamente ao Ministério Público (ainda que sem defender o conhecimento imediato da notícia de crime), ver Tourinho Filho, 2010(v.1):335-342.

investigações, intervindo apenas após um largo lapso temporal de 30 dias (portanto, uma análise *de lege ferenda*). Segundo, partindo do pressuposto que o sistema infraconstitucional brasileiro estruturou um sistema de intervenção diferenciada pelo Ministério Público (após um prazo de 30 dias), quais seriam as garantias de controle quanto ao respeito desse sistema (o que abrange os requisitos de justa causa para a instauração do IP, os limites de admissibilidade de investigações preliminares ao IP e demais temas correlatos). Há ainda um problema anterior a ambos, relativo às omissões de registro de ocorrências de fatos típicos, mas que claramente configura uma infração do dever funcional do policial, da qual não nos ocuparemos⁴⁷³. Vejamos.

3.3.1 *Conveniência de uma alteração infraconstitucional para a comunicação imediata da notícia do crime ao Ministério Público*

Conforme analisado no âmbito dos sistemas de direito comparado, a tendência de reforma dos sistemas jurídicos caminha no sentido de conferir ao Ministério Público a obrigatoriedade de acompanhar imediatamente, em tempo real, *pari passu*, o desenrolar da atividade investigativa.

A regra nos sistemas comparados é que os atos de investigação sejam determinados pelo Ministério Público e apenas excepcionalmente a Polícia poderá realizá-los sem direção específica, em situações de urgência. Ainda assim, sempre que a Polícia realizar qualquer diligência investigativa deverá comunicar imediatamente ao Ministério Público de sua realização.

Esse acompanhamento imediato das investigações possui diversas finalidades. A primeira é possibilitar que suas intervenções ministeriais de requisição de diligências sejam oportunas e tempestivas, especialmente nas hipóteses em que a não realização imediata de uma determinada diligência acabe por impedir sua futura realização e, portanto, impedir que uma determinada omissão da Polícia acabe por fechar definitivamente uma possível opção do Ministério Público. Também tem por finalidade aproximar o Ministério Público da fase da produção da prova, permitindo melhor direcionamento da prova para as diligências que entende

⁴⁷² Mathias, 2005:483.

⁴⁷³ Documentando em pesquisa etnográfica a prática de policiais da PCDF se recusarem a registrarem ocorrências de casos de pequenos furtos ou de violência doméstica em momentos de grande movimentação dentro da DP, ver A.T. Costa, 2010:218. Para esses casos, a solução pode ser procurar diretamente o Ministério Público para comunicar os fatos e reclamar da omissão policial em receber a *notitia criminis*, seguindo-se uma requisição ministerial de registro dos fatos e instauração de IP, se for o caso.

ser as mais relevantes para a propositura da ação penal evitando-se a dispersão da atividade investigatória por caminhos que o efetivo titular da ação penal considera desnecessários. Finalmente, a outra finalidade dessa aproximação é assegurar uma efetiva fiscalização da atividade policial, evitando-se, portanto, a ocorrência de desvios e assegurando que os eventuais desvios sejam esclarecidos o mais breve possível.

Sendo o Ministério Público titular da ação penal, não é possível que se reconheça situações em que seja concedida a outros órgãos que não o próprio Ministério Público a possibilidade de dispor concretamente quanto ao futuro exercício da ação penal. O inquérito, em sua perspectiva funcional, corresponde à sucessão de três fases: notícia do crime, investigação e decisão sobre o exercício da ação penal e, apesar de a última ser atribuição exclusiva do Ministério Público, as outras duas primeiras fases também devem ser por ele fiscalizadas⁴⁷⁴.

Segundo Bruschi, o acompanhamento em tempo real das investigações pelo Ministério Público deveria ser estendido para os momentos iniciais da comunicação da notícia de fato, argumentando que tal seria essencial para assegurar um efetivo controle externo da atividade policial, já que, se o Ministério Público não controlar seriamente os critérios escolhidos pela Polícia para esclarecer os crimes (ou seja, os critérios para sua própria provisão de informações), não há como o Ministério Público exercer sua própria política de persecução penal⁴⁷⁵. Portanto, para Bruschi, o controle dos momentos iniciais da investigação policial é pré-requisito para a emancipação do Ministério Público como órgão de política criminal.

Essa perspectiva impõe a obrigação de controle pelo Ministério Público das comunicações de crimes efetuadas à Polícia, pois se ficasse ao critério da Polícia a possibilidade de comunicar ou não ao Ministério Público, indiretamente a Polícia poderia dispor sobre o exercício do futuro direito de ação penal, bem como comprometer a eficiência do sistema, ao

⁴⁷⁴ Mesquita, 2003:76. Argumentando a conveniência político-criminal de que todas as notícias de crimes sejam imediatamente encaminhadas ao Ministério Público: Gössel, 1996:632; Roxin, 2007:38. No Brasil: Santin, 2007:233.

⁴⁷⁵ Bruschi, 2002:335. Esse tratamento em tempo real manifesta-se, especialmente, pelo fato de a Polícia adiantar as informações do *dossier* por telefone ao Ministério Público, para que quando os autos forem encaminhados a manifestação do Ministério Público já esteja adiantada. Todavia, esse autor acrescenta que, apesar desse acompanhamento em tempo real melhorar a qualidade do trabalho investigativo recebido (por incrementar o diálogo entre as instituições), há o risco de elevar-se demasiadamente a quantidade de trabalho, com o risco colateral de o Ministério Público ser engolido pela elevadíssima demanda de trabalho, dedicando-se em excesso aos pequenos casos e não dando a devida atenção aos casos mais graves e complexos, dando ao Ministério Público uma reação puramente passiva diante dos inquéritos.

impedir que ingressem pela porta de entrada ordinária a maioria das comunicações de crimes. Nessa medida, o controle sobre as comunicações de crimes pelo Ministério Público é uma garantia de eficiência do sistema, de que as vítimas terão direito a uma resposta eficiente às suas comunicações de crimes⁴⁷⁶.

Ademais, as Polícias estão inseridas na estrutura do Poder Executivo e seus integrantes não gozam dos mesmos níveis de independência que os do Ministério Público, de sorte que acabam se tornando permeáveis a eventuais “pressões” oriundas do executivo para obstar determinadas investigações, especialmente nos casos que envolvam pessoas ligadas ao Governo. Essa perspectiva novamente reforça a visão do controle sobre as notícias de crimes como uma garantia da eficiência do sistema⁴⁷⁷. Outra perspectiva é o risco de corrupção policial eventualmente possibilitar que notícias de crimes sejam sumariamente arquivadas em troca de favores ilícitos⁴⁷⁸. Contudo, a maioria dos casos de não instauração de inquéritos decorre da ausência de estrutura, ou o não gerenciamento adequado da estrutura existente.

No Brasil, a não instauração de inquéritos policiais em situações em que deveria haver a instauração não constitui mera elucubração doutrinária. Segundo estudo do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP), no período de 1991 a 1997 no município de São Paulo, apenas 5,48% das ocorrências policiais geraram instauração de inquérito⁴⁷⁹. A pesquisa conclui que há um baixíssimo nível de investigação de crimes, mesmo de crimes violentos, quando de plano não se conhece a autoria do delito, quando na verdade o

⁴⁷⁶ De forma geral, identificando a direção do inquérito pelo Ministério Público em Portugal como uma garantia para a eficácia global do sistema penal, ver Mesquita, 2003:117. Também J.M.D. Cunha, 1993:151, esclarece que o poder de fiscalização do Ministério Público não se confunde com o poder de direção do inquérito, já que deriva do poder (e dever) de fiscalizar toda a Administração da Justiça, exemplificando que outra manifestação dessa fiscalização pelo Ministério Público da Administração da Justiça é o poder de o Ministério Público interpor recursos contra as decisões dos tribunais, de forma a induzir à uniformidade da jurisprudência. Reforçando a tendência europeia de que o Ministério Público tenha poderes de fiscalizar a Polícia, ver Delmas-Marty, 1999:222; Mathias, 2005. Em sentido semelhante, os art. 22 e 23 da Recomendação n. 19/2000 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa indicam a necessidade de o Ministério Público fiscalizar a eficiência da investigação criminal.

⁴⁷⁷ Ainda que se reconheça que essa perspectiva é especialmente relevante não exatamente para o controle das notícias de crimes, mas para o controle do resultado das investigações ou, eventualmente, para justificar investigações autônomas. Para estudos sócio-jurídicos sobre a permeabilidade da atuação policial às pressões políticas, ver B.A. Machado, 2007:207-214; Marimon, 2009:220.

⁴⁷⁸ Indicando vários estudos que documentam a prática de corrupção policial para arquivamento de notícias de crimes no Brasil, ver Guimarães, 2008:82 *et seq.*, Lemgruber *et al.*, 2003:41. Nos EUA, ver Walker e Katz, 2008:446-475. Indicando esse fenômeno de arquivamentos informais desmotivados, v. Delmas-Marty, 2004:125.

⁴⁷⁹ Adorno e Pasinato, 2008.

desconhecimento da autoria não deveria ser um empecilho à instauração do IP⁴⁸⁰. Mesmo em casos de homicídio, apenas 60,13% das comunicações geraram IP, o que significa que quase 40% dos homicídios sequer foram comunicados ao Ministério Público. De forma mais genérica, cerca de 95% das comunicações de crimes não são conhecidas pelo Ministério Público pelo fato de não gerarem instauração de IP, não havendo qualquer espécie de controle sobre tal situação. Em sentido semelhante, Guimarães dá notícia de que, em 2000, 75% das notícias de crimes em Curitiba não geravam instauração de inquérito⁴⁸¹. Em Recife, no ano de 2002, apenas 13,9% dos homicídios registrados geraram instauração de IP⁴⁸². Estudos sociológicos demonstram que, na prática, a Polícia exerce um poder de definição jurídica de determinadas práticas com a finalidade de excluí-las do Sistema de Justiça Criminal⁴⁸³. Além do número de ocorrências que não geram inquéritos, também há um elevado número de ocorrências que sequer são levadas ao conhecimento da Polícia, seja pela descrença na efetividade da ação policial, seja em algumas situações pelo próprio medo de se relacionar com a Polícia⁴⁸⁴. Esses números alarmantes, somados aos elevados números de IPs que, ainda que instaurados, não chegam a efetivamente esclarecer a autoria⁴⁸⁵, comprometem seriamente a credibilidade de todo o Sistema de Justiça Criminal, já que a Polícia é a porta de entrada ordinária do sistema.

Essa situação, que claramente ultrapassa o limite do socialmente tolerável, ao retirar do Ministério Público os instrumentos de atuação, passa a exigir preocupações adicionais sobre o controle dessas comunicações de notícia de crime⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ Conferir em Adorno e Pasinato, 2008: “O resultado mais surpreendente, até o momento, foi constatar a baixa disposição da agência policial em investigar crimes de autoria desconhecida. A autoria desconhecida está presente na maior parte das ocorrências: são 93,3% dos crimes violentos e 94,93% dos crimes não violentos. A princípio, a inexistência de informações sobre o autor do delito não deveria dissuadir os agentes policiais em suas tarefas de localizar e identificar responsáveis, como aliás recomenda o Código de Processo Penal. Contudo, a análise dos boletins de ocorrência que se converteram em inquéritos policiais sugere que a investigação de crimes de autoria desconhecida constitui exceção na atividade policial”.

⁴⁸¹ Guimarães, 2008:89.

⁴⁸² A. Oliveira, 2007:226.

⁴⁸³ Ver L. Oliveira, 2003.

⁴⁸⁴ D.C. Ribeiro, 2003:214.

⁴⁸⁵ Segundo Adorno, 2002, no ano de 1992, no município do Rio de Janeiro, em apenas 8,1% dos inquéritos sobre homicídios dolosos houve o esclarecimento da autoria. Segundo Gomes, 2009 (ver também O Estado de São Paulo, 9 nov. 2009), no caso de crimes previdenciários, 80% dos IPs instaurados pela Polícia Federal em relação a crimes previdenciários não chegam ao esclarecimento da autoria.

⁴⁸⁶ Indicando essa preocupação com os limites do socialmente tolerável, em situações em que a Polícia retira os meios de trabalho do Ministério Público, ver J.F. Costa, 1994:245. Indicando que no trabalho policial há uma natural propensão para que os crimes antigos sem uma linha muito clara de investigação sejam naturalmente empurrados para um arquivo morto diante da pressão decorrente da chegada de novos casos para serem

Portanto, em termos de política criminal, haveria um respeito mais adequado à prerrogativa constitucional do Ministério Público de ser o titular exclusivo da ação penal se todas as notícias de crimes recebidas pela Polícia já fossem imediatamente submetidas ao controle pelo Ministério Público, possibilitando-se tanto uma pronta intervenção no rumo das investigações, quanto uma adequada fiscalização da não realização de atos investigativos quando eles deveriam ter sido realizados. Ainda assim, consideramos que o sistema atual do CPP, de obrigação pela Polícia de instauração de IP após uma notícia de crime, com possibilidade de condução de investigações por iniciativa própria por um período de 30 dias sem a intervenção direta do Ministério Público, não chega a ser inconstitucional, já que se resguarda a possibilidade de o Ministério Público intervir prontamente ao ter conhecimento das investigações. Há, em verdade, uma menor concretização dos princípios constitucionais, mas não uma negativa de concretização. Nessa perspectiva, sempre que houver uma dubiedade interpretativa de alguma disposição infraconstitucional que permita a interpretação de que deve haver um acompanhamento mais próximo pelo Ministério Público das investigações policiais, entendemos que essa interpretação deve ser sempre preferível, por ser uma interpretação mais conforme a Constituição.

A Lei n. 12.850/2013, em seu art. 2º, § 7º, inovou com a regra de que, no caso de crimes praticados por policiais no âmbito da criminalidade organizada (cujo conceito legal é o de uma organização com quatro ou mais pessoas, com divisão de tarefas, com objetivo de obter vantagens, mediante prática de crimes com penas superiores a quatro anos), a investigação será instaurada pela Corregedoria de Polícia, que fará concomitantemente comunicação ao Ministério Público para que este acompanhe a investigação desde o início. Ou seja, uma obrigação de comunicação imediata ao Ministério Público desde o início das investigações. Essa regra poderia ser estendida a outras áreas de criminalidade especialmente sensível, em que seja necessária maior integração entre a investigação policial e o Ministério Público.

investigados, ver Bittner, 2003:229-230, concluindo que “os casos são resolvidos (quando são resolvidos) ou no momento em que o crime acontece ou pouco depois de ter acontecido ou, então, de modo geral, nunca mais”.

3.3.2 Requisitos de justa causa para instauração de inquérito

3.3.2.1 Visão geral

O CPP brasileiro não é claro sobre os requisitos mínimos necessários para instauração de inquérito. O regramento é disperso em diversos dispositivos, sendo necessária uma análise sistemática.

Em Portugal, Marques da Silva afirma que nem todas as notícias de crime determinam obrigatoriamente a instauração de inquérito, apenas sendo necessário se o Ministério Público se convencer da “seriedade da notícia”⁴⁸⁷. Exemplifica também as seguintes situações que não justificariam a instauração do inquérito: fato ter aparência de crime, mas ser atípico, ausência de credibilidade de denúncias anônimas e manifesta extinção da punibilidade. O art. 262.2 do CPP português estabelece que “ressalvadas as exceções previstas neste Código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de inquérito”⁴⁸⁸.

A doutrina brasileira tem exigido a presença de justa causa para se instaurar um inquérito, assim entendida como sendo a presença de cinco requisitos: fato constituir crime em tese, indícios mínimos da ocorrência do fato criminoso, não estar extinta a punibilidade, não ter sido o investigado já condenado ou absolvido pelo mesmo fato, estarem presentes as condições de procedibilidade⁴⁸⁹. Ainda que em situações ordinárias seja relativamente fácil a constatação da presença ou não desses requisitos, todos eles comportam certa margem de discussão nas situações extremas (*hard cases*). Como lembra Ferrajoli, a verdade jurídica é opinativa, fruto de um raciocínio dedutivo, e a verdade fática é aproximativa, fruto de um raciocínio indutivo, e todas admitem uma relativa margem de discricionariedade (que o digam os votos vencidos nos

⁴⁸⁷ G.M. Silva, 2009:56. Em sentido semelhante, Mesquita, 2003:77, fala de uma delimitação negativa da notícia do crime, que deve recair sobre “um fato específico com relevância penal que constitui a mola idônea para o desenvolvimento do inquérito investigatório”.

⁴⁸⁸ Parece-nos que o tema do requisito qualitativo de cognição necessário para iniciar um inquérito tem sido trabalhado na doutrina portuguesa mais no sentido positivo do que negativo. Ou seja, se estão presentes os requisitos, o Ministério Público é obrigado a instaurar o inquérito, mas não se trabalha com a perspectiva negativa, de que se não há indícios a investigação deveria ser encerrada. Sobre essa perspectiva positiva, ver G.M. Silva, 2009:64; Albuquerque, 2009:687. Também Mesquita, 2003:73-75, relacionando o princípio da legalidade (como um princípio de vedação geral de juízos de mera conveniência) com um princípio de investigar e de acusar. Registre-se que Mesquita, 2003:126, faz referência à impossibilidade de instaurar inquérito quando não houver relevância jurídico-penal do fato comunicada (parecendo indicar que está se referindo à atipicidade ou à extinção da punibilidade, não aos indícios suficientes). Em geral, a doutrina tem se inclinado a admitir que se o Ministério Público entende que há indícios para iniciar a investigação, essa deve ser conduzida.

tribunais)⁴⁹⁰. Alguns daqueles requisitos comportam discussão jurídica (como a tipicidade em tese de um fato – ainda que em muitas situações a delimitação dos contornos do fato seja essencial ao juízo de sua tipicidade – a extinção da punibilidade e a presença das condições de procedibilidade) e outras comportam discussão sobre os fatos (especialmente a presença de indícios mínimos que confirmem a existência do fato).

Quanto ao requisito de sinais da existência do fato, essa exigência de indícios mínimos de veracidade das informações para instauração do inquérito policial é extraída do disposto no art. 5º, § 3º, do CPP brasileiro, o qual estabelece que após a comunicação de crime por uma pessoa à autoridade policial, esta mandará instaurar o inquérito policial desde que “verificada a procedência das informações”. Assim, por um lado, não se admite a instauração de inquérito policial sem qualquer respaldo mínimo que um crime ocorreu, com fundamento na mera elucubração de autoridades policiais, mas por outro lado também não chega a exigir a comprovação cabal da ocorrência do crime, mesmo porque essa comprovação é exatamente a finalidade do inquérito. Ao contrário, extrai-se desse dispositivo que, havendo procedência das informações, é obrigatória a instauração do inquérito, como corolário do princípio da obrigatoriedade da ação penal e da submissão da atividade investigativa ao controle pelo Ministério Público⁴⁹¹.

Esses requisitos são construídos como instrumento de salvaguarda do indivíduo contra intromissões indevidas do Estado em sua esfera de liberdades. Entende-se que o simples fato de se instaurar uma investigação contra uma pessoa já constitui uma restrição em seu *status dignitatis* e uma intromissão em sua privacidade (*right to be let alone*), de sorte que a condução de uma investigação apenas se justificaria na presença daqueles requisitos mínimos. Não se pode esquecer que, ainda que no plano jurídico impere o princípio da presunção de inocência, no plano fático-social esse princípio tem uma realização muitas vezes inversa, não sendo raro que haja uma “condenação social” com fundamento exclusivo na instauração de uma investigação contra uma pessoa (um comportamento social que deveria ser alterado, mas que não se pode negligenciar). Nessa perspectiva, a preocupação do Estado contra os efeitos concretos que uma

⁴⁸⁹ Para uma síntese, ver Ávila, 2009:173.

⁴⁹⁰ Ferrajoli, 2002:38-57. Para uma revisão das perspectivas da verdade no processo, ver Ávila, 2007:72-82.

investigação terá contra o investigado justifica um mínimo de cautelas, que por outro lado também não pode ser levada ao limite de se exigir elevados níveis de certeza para a instauração da investigação, já que a finalidade desta é exatamente esclarecer os fatos.

Em Portugal, como a investigação é instaurada pelo Ministério Público, fica a cargo dessa autoridade judiciária a aferição da presença ou não da justa causa para a instauração do inquérito. No Brasil, como o inquérito é instaurado pela autoridade policial, fica aparentemente a cargo dela, *ope legis*, a apreciação da presença desses requisitos de procedência mínima das informações. O problema é que não existe no sistema brasileiro a previsão expressa de qualquer procedimento de controle sobre esse juízo da autoridade policial ou sobre o procedimento de confirmação da veracidade das informações. Apesar da ausência de previsão legal, a prática das Delegacias de Polícia generalizou a realização das chamadas sindicâncias preliminares, pré-inquéritos, averiguações preliminares, ou a “verificação de procedência das informações”, mesmo quando já há uma notícia concreta, ao argumento tradicional de ser essa uma forma de selecionar os casos com potencial de resolução e racionalizar a mão de obra policial em relação a esses casos⁴⁹².

Assim, a disciplina da comunicação do crime pela Polícia ao Ministério Público coloca em discussão três temas: os limites qualitativos de confirmação da informação necessários à instauração de um inquérito; a titularidade para se decidir sobre a não abertura de investigações em casos difíceis; e a admissibilidade legal da chamada investigação preliminar ou pré-inquérito. Analisaremos os dois primeiros a seguir e o último na seção seguinte.

3.3.2.2 O nível qualitativo de cognição dos “sinais do fato” necessário para instauração do inquérito

Para analisar o problema dos requisitos qualitativos de cognição para instauração do inquérito, primeiro devem-se analisar quais são os diversos níveis de cognição

⁴⁹¹ Sobre a obrigatoriedade de instauração de IP pelo delegado de polícia, estando presentes os requisitos de justa causa para o início da investigação, ver Tourinho Filho, 2001:52; Mirabete, 2002:78; Mossin, 1998:173; S.R. Souza e W. Silva, 2010:76-81.

⁴⁹² Documentando em pesquisa etnográfica que é ordinário que a Polícia instaure averiguações preliminares para crimes de mediana gravidade, instaurando diretamente IP apenas quando a autoria e materialidade já estão de plano comprovadas, ver A.T. Costa, 2010:203. Marimon, 2009:225, afirma que usualmente a portaria de instauração é a última peça do IP, antes de sua remessa à Justiça.

exigidos pelas diversas decisões ao longo do processo, para a sucessiva relativização da presunção de inocência (até uma certeza de culpabilidade).

Podemos identificar seis níveis de verossimilhança de uma hipótese explicativa de um fato, que representam a maior ou menor probabilidade de aproximação lógica dessa hipótese com a verdade a partir de um raciocínio lógico-indutivo: (1) a mera possibilidade abstrata; (2) a possibilidade minimamente respaldada; (3) a probabilidade simples; (4) a probabilidade razoável; (5) a alta probabilidade; e (6) a altíssima probabilidade⁴⁹³.

Ao longo do processo, as diferentes decisões exigem um desses diferentes níveis de cognição. Inicia-se com graus mínimos no inquérito e avança até o grau máximo com a condenação.

A atividade de prevenção criminal guia-se pela lógica da mera possibilidade abstrata, enquanto critério de afastamento de perigos. Se é possível que um perigo se realize, então a Polícia deve zelar para que tal possibilidade não se realize. Obviamente, a mera possibilidade abstrata não justifica a restrição de qualquer direito fundamental, mas apenas a

⁴⁹³ Taruffo (2005:237-240) utiliza como explicativo da verdade processual a expressão “probabilidade lógica da hipótese a partir dos elementos processuais de confirmação”. No mesmo sentido, Gomes Filho (1997:53) prefere o critério da probabilidade lógica indutiva: “[...] a ideia de probabilidade lógica parece ser mais adequada, pois restringe os limites da dúvida à dimensão humana, ao mesmo tempo em que ressalta a necessidade de obtenção do maior número de dados possíveis para a inferência probatória. E sublinha a importância do método a ser seguido na pesquisa”. Já Bianchini (1998) prefere a expressão “verossimilhança fática”. Para uma análise dos “modelos de constatação”, ver Badaró, 2011:352-357; Knijnik, 2007:37-45. O próprio Beccaria já concluía que a certeza moral da prova se fundava em um juízo de probabilidade, apesar de concluir que “esta certeza moral da prova, é mais fácil senti-la do que defini-la com precisão” (Beccaria, 2009:88-89). Parece-nos que a explicação da verdade processual não pode ser feita na certeza judicial (que é um estado subjetivo), mas sim no raciocínio lógico de demonstração da probabilidade de confirmação da versão de verdade aceita pelo juiz como sendo a verdade processual (portanto, uma demonstração objetiva, passível de ser fundamentada e sujeita ao escrutínio das partes e, eventualmente, do tribunal em grau de recurso). Essa perspectiva acentua o mais elevado grau de convicção necessário para a condenação (não uma probabilidade qualquer, mas uma elevadíssima probabilidade), mas ainda ressalta a possibilidade de falibilidade, intrínseca à impossibilidade de atingimento da verdade (a denominada de real, mas que é a única que realmente existe enquanto correspondência da ideia com a realidade), tanto que o sistema jurídico trabalha com a possibilidade de erro judiciário, ao prever a revisão criminal. Em sentido semelhante (mas não coincidente) com as categorias ora propostas, Albuquerque (2009:329-331) identifica quatro níveis de cognição no direito português: indícios (*bona fide suspicion*), indícios suficientes (*reasonable suspicion*), indícios fortes (*clear evidence*) e indícios para além da presunção da inocência (*guilt beyond reasonable doubt*). Aparentemente, esses critérios corresponderiam aos de possibilidade, probabilidade razoável, alta probabilidade e altíssima probabilidade, que propomos. Em sentido semelhante em relação à probabilidade para recebimento da denúncia, ver Palma, 2005:122; J.F. Dias, 2004:133; e J.N. Silveira, 2004:171, que exigem para o recebimento da acusação uma probabilidade alta, particularmente qualificada (este último equiparando-a ao juízo de sentença, mas limitada à prova do inquérito).

organização administrativa policial para a prevenção de perigos. Essa lógica está afastada da atividade de investigação criminal.

A decisão de instauração do inquérito se fundamenta na possibilidade minimamente respaldada, consistente na existência de indícios da prática de um fato criminoso. Trata-se de um requisito de menor envergadura do que aquele exigido para o deferimento de medidas cautelares de investigação, como a violação do domicílio ou das comunicações. Todavia, ainda se exige um mínimo de indícios para iniciar formalmente atividade investigatória, com a prática de atos que podem atentar contra a privacidade do investigado, como a oitiva de testemunhas sobre fatos relativos ao investigado. Por exemplo, é inadmissível a instauração de inquérito com fundamento exclusivamente em informações anônimas (delação apócrifa), por não se tratar de informação minimamente confiável, devendo primeiro ser verificada a procedência das informações (por diligências de ofício das autoridades policiais) para depois, diante da confirmação das informações, instaurarem-se o inquérito. Não seria adequado intimar-se testemunhas (sob pena de condução coercitiva) ou realizar outros atos formais de investigação com fundamento exclusivo em delações apócrifas⁴⁹⁴.

Instaurado inquérito, levantam-se várias possíveis linhas de investigação para o esclarecimento dos fatos. Todas as linhas possíveis devem ser investigadas, até que sejam refutadas ou confirmadas e esclareçam-se os fatos⁴⁹⁵. A eleição heurística das várias possíveis linhas de investigação guia-se pela mera possibilidade: aqui, para o esclarecimento da autoria, parece-nos que sequer seria exigível o requisito da possibilidade minimamente respaldada, sendo suficiente a mera possibilidade abstrata de uma hipótese explicativa dos indícios já recolhidos para justificar a investigação para sua confirmação ou refutação⁴⁹⁶. Todavia, à proporção que as investigações prosseguem e surgem os esclarecimentos iniciais, delimita-se um campo de investigação sobre uma linha específica, afastando-se as prognoses de explicação claramente

⁴⁹⁴ Ver comentários adiante na seção 4.2.

⁴⁹⁵ Aqui há obviamente um “espaço normativo de investigação preexistente, em especial conformado pelos tipos penais e outras categorias juridicamente que definem a matéria fática criminalmente relevante e as vias de indagação não proibidas”, Mesquita, 2004:134.

⁴⁹⁶ Descrevendo essa atividade de levantar hipóteses e procurar sua confirmação ou refutação, ver G.M. Silva, 2009:56. Exemplificamos: se um cadáver é encontrado, a Polícia deve levantar todas as possíveis causas explicativas dessa morte (latrocínio por um desconhecido, brigas conjugais, amante, filhos que desejavam a herança ou seguro de vida, brigas com vizinhos, desavenças profissionais, ou mesmo o suicídio) para procurar confirmar ou refutar as hipóteses. Nenhuma hipótese pode ser descartada arbitrariamente, bastando para justificar a condução da investigação em uma linha que ela seja possível em tese, até a confirmação do contrário.

infundadas, de forma a evitar a dispersão investigatória, e concentrando-se a investigação sobre as hipóteses concretamente possíveis; obviamente, a delimitação do objeto investigado para os fins do inquérito possui ligação direta com a decisão do Ministério Público de arquivar ou oferecer denúncia⁴⁹⁷.

Os níveis de cognição vão progressivamente elevando-se à proporção que a investigação avança e existe o risco de restrição de outros direitos. Por exemplo, para se efetuar uma prisão em flagrante, deve-se exigir da Polícia uma “certeza visual do crime”, o que significa em termos argumentativos a presença de uma alta probabilidade de que os sinais sensoriais indicativos da prática de um crime efetivamente correspondam à realidade⁴⁹⁸. Deixamos de analisar esses outros níveis de cognição para nos concentrarmos na fase inicial do inquérito.

O requisito da possibilidade minimamente respaldada já está presente quando uma pessoa se apresenta na esquadra ou Delegacia de Polícia e informa que um crime ocorreu. Essa informação, por si só, já é respaldada e, se eventualmente falsa, ensejará a responsabilização do comunicante (denúncia caluniosa ou por falsa comunicação de crime⁴⁹⁹). Ela por si só já justifica a instauração de um inquérito para esclarecer os fatos e identificar o autor do crime, ainda que eventualmente o curso das investigações esclareça que se tratou de uma má apreciação dos fatos⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Em síntese, e segundo Noronha e Silveira, 2004:167, há um crescimento de exigências cognitivas da investigação até a sentença. Diz-se que os policiais padecem de uma doença profissional consistente no espírito de suspeita constante, ou seja, os agentes de polícia têm uma “tendência para ver tudo como fonte potencial de perturbação e de desordem e consequentemente abordar todas as situações com um sentimento de desconfiança” (G.M. Silva, 2001:52; Reiner, 2004:139). A conciliação desse constante estado de suspeita com o princípio da presunção de inocência se dá mediante o recurso à análise de indícios objetivos necessários a justificar as intervenções policiais, em cada uma das fases sucessivas.

⁴⁹⁸ Sobre o conceito de flagrante delito como “evidência do crime”, correspondente a um estado de “certeza sem possibilidade de erro”, ver Cabezudo Bajo, 2004:276. Ponderamos, todavia, que essa exigência de “certeza” não necessariamente corresponde à altíssima probabilidade, mas a uma alta probabilidade, já que, nesse âmbito extremamente sumário de cognição, não seria possível alcançar aquela outra, que estaria reservada à sentença. Especificamente sobre o princípio da intervenção indiciária para restrição de direitos fundamentais, ver VVAA, 2000. Sobre o nível de cognição para oferecimento da denúncia no sistema inglês, como sendo o de “prognóstico realista de condenação”, v. Cuadrado Salinas, 2010:298 *et seq.*

⁴⁹⁹ Previstos, respectivamente, nos art. 365 e 366 do CP português, e art. 339 e 340 do CP brasileiro.

⁵⁰⁰ No mesmo sentido, ver Mesquita, 2003:126, argumentando que se uma pessoa faz uma denúncia facultativa, ela tem a expectativa de ter uma resposta oficial do Estado sobre sua denúncia, tanto que poderá eventualmente impugnar a decisão do Ministério Público de arquivamento de inquérito mediante requerimento de realização da instrução preliminar perante o juiz de instrução. Ainda que a resposta do Ministério Público seja a instauração e arquivamento por insuficiência de linha de investigação, ou mesmo por ser infundada a denúncia.

Ademais, não é essencial que a informação sobre a ocorrência do ilícito seja direta, podendo ser indireta. Quando um conjunto de informações que não recaem diretamente sobre o possível fato criminoso, mas sobre outros fatos que, por seu encadeamento dão a indicar que ocorreu ou está a ocorrer um ilícito, é razoável que esse conjunto de provas indiretas sobre um possível fato (indícios) constitua motivo suficiente para iniciar a investigação⁵⁰¹. Por exemplo, se em uma família desestruturada, na qual os pais são conhecidos viciados em drogas e há desajustamento conjugal, a filha do casal aparece reiteradas vezes na escola com lesões extensas no rosto e no corpo, retraindo-se ao ser perguntada sobre o fato, é possível que esse conjunto de informações indiretas indiquem a possível ocorrência de crime de maus tratos contra a criança e justifiquem, portanto, uma investigação (é possível que posteriormente se esclareça que, na verdade, a criança caía com muita frequência e sua retração deriva de outros problemas psicológicos).

O exigido para a instauração do inquérito são os indícios sobre a existência do fato (materialidade), não sobre a sua autoria. Assim, se chega à autoridade policial a informação fiável de que um crime possivelmente ocorreu, ainda que não haja qualquer certeza sobre a sua autoria, já haverá justa causa para a instauração do inquérito, exatamente para esclarecer a autoria⁵⁰².

⁵⁰¹ A doutrina costuma distinguir prova de indícios também quanto ao seu objeto: prova seriam as informações relativas ao fato principal objeto de apuração no processo e os indícios seriam provas sobre outros fatos diversos do fato principal (indiretos), mas que, através de um raciocínio lógico (científico ou de máximas de experiência), leva à conclusão de um outro fato principal. Tradicionalmente, defende-se que apenas indícios não podem fundamentar uma condenação, todavia um conjunto “grave, preciso e concordante” de indícios (para usar a expressão do CPP italiano – ver Chiavario, 2009:327) poderia justificar uma condenação. Em nossa visão, não se deve confundir o objeto da informação (direto ou indireto), o grau de convencimento transmitido isoladamente pela informação (possibilidade, probabilidade baixa, ordinária ou elevadíssima) e o grau de convencimento transmitido pelo conjunto probatório. É possível que um indício, ainda que isoladamente seja uma prova fraca (que transmite segurança quanto ao fato indireto, mas não permite conclusões sobre o fato principal), em conjunto com outras provas permita uma conclusão de elevadíssima probabilidade.

⁵⁰² J.F. Marques, 2009(v.2):128, tinha a posição de que o IP deveria ser instaurado apenas quando houvesse um suspeito já individualizado, sendo que antes desse momento haveriam apenas investigações não formais realizadas pelos agentes de polícia para esclarecer a autoria. Essa posição tornou-se claramente defasada, já que a finalidade do IP é apurar a existência da infração penal e sua autoria, portanto pode (deve) ser instaurado para apurar a autoria; ver: Tourinho Filho, 2010(v.1):240; Mirabete, 2002:86; Capez, 2001:76; Mossin, 1998:156.

Sobre os requisitos de constatação da prática da infração penal, mediante notícia direta pela Polícia, Decocq e outros discorrem que essa constatação pode ocorrer mediante três situações de fato⁵⁰³:

(a) o agente viu ou ouviu a infração ser cometida; (b) intervindo após a prática dos fatos, o agente constatou no local a presença de vestígios que tendem a demonstrar a prática da infração e a permitir [eventualmente] a identificação de seu autor; (c) intervindo em um estágio posterior, o agente recolheu, por ocasião de investigações diversas, elementos de prova que permitem a identificação do autor [e a confirmação da prática da infração penal].

Essa breve digressão sobre os requisitos qualitativos das diversas decisões já nos permitem formular uma conclusão: se está presente o requisito da possibilidade minimamente respaldada de verossimilhança da existência de um fato criminoso (materialidade), já há justa causa para a instauração do inquérito policial⁵⁰⁴. Se essa notícia da existência do fato é verdadeira ou não, isso será esclarecido no curso da investigação; se o autor do fato é desconhecido, esse esclarecimento será exatamente o objeto da investigação. Mais que uma possibilidade, a instauração do IP é uma obrigação da autoridade policial no Brasil, decorrente da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. O art. 5º, § 3º, do CPP não deixa dúvidas quanto a essa obrigatoriedade⁵⁰⁵. Ainda que dúvida houvesse, esse dispositivo deve ser lido à luz do art. 129, I, da CRFB/1988 e art. 3º, “d”, da LC n. 75/1993, que lhe são superiores em hierarquia e condicionam sua interpretação sistemática. É necessária uma interpretação conforme a

⁵⁰³ Decocq *et al.*, 1998:722. Acrescentam esses autores que, nessas situações, poderá até mesmo ser atribuído ao relatório da notícia de crime o valor probatório das informações que foram efetivamente confirmadas pelo policial (valor probatório limitado à finalidade endoprocedimental das informações do inquérito: subsidiar o oferecimento da acusação pelo Ministério Público).

⁵⁰⁴ Nesse sentido, ver precedente do STJ, sobre a necessidade de um respaldo mínimo e sobre a possibilidade de uma confirmação “sumaríssima” pela autoridade policial da veracidade da comunicação: “O Código de Processo Penal, aliás, não deixa margem para dúvida, a despeito dos tempos obscuros em que foi editado, preceituando que a autoridade policial, à notícia de fato criminoso de ação pública, como condição de legalidade, deverá verificar, de modo sumaríssimo, a plausibilidade das informações, antes, frise-se, da instauração do próprio inquérito policial (artigo 5º, parágrafo 3º, *in fine*)”. STJ, AgRg na Sd n. 56/DF, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. 4 fev. 2009, DJe 12 mar. 2009. Por outro lado, presente esse respaldo mínimo, há que se instaurar o IP exatamente para comprovar a veracidade da informação, não havendo aqui uma ofensa à hora do investigado; conferir precedente: “DANOS MORAIS. ABERTURA DE INQUÉRITO. Não pratica ato ilícito ou ofensivo à moral a autoridade que, diante de notícia de fato criminoso, ou supostamente criminoso, instaura inquérito policial. Há maior resguardo da ordem jurídica abrindo-se o procedimento investigatório do que silenciando-se, tanto que a própria lei pode vir a punir a autoridade por prevaricação”. TJDF, Processo 19990110320305APC, rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira, 2ª T. Civ., j. 10 jun. 2002, DJ 28 ago. 2002 p. 47.

⁵⁰⁵ O princípio da obrigatoriedade na instauração do inquérito policial pelo delegado de polícia não é nenhuma novidade na doutrina brasileira, apesar de ser reiteradamente descumprido em favor de investigações preliminares. Sobre o tema, ver Tourinho Filho, 2001:52 e Mirabete, 2002:78. Ainda sobre a obrigatoriedade de instauração

Constituição para permitir a harmonização dos referidos dispositivos, que conclua pela indisponibilidade da ação penal pela autoridade policial⁵⁰⁶.

Ademais, quando um particular dirige-se a uma Delegacia de Polícia e informa sobre a prática de um crime, há uma expectativa social de que haja uma ação da Polícia para esclarecer tais fatos. Em verdade, em toda comunicação de crime há um pedido implícito de que a Polícia (e o Sistema de Justiça Criminal) preste o serviço público de investigação criminal. A atividade de investigação criminal também é um serviço público e os cidadãos possuem o direito a terem uma prestação efetiva desse serviço público. Não é possível haver uma solicitação para se prestar um serviço público e simplesmente não ocorrer qualquer resposta concreta sobre se tal serviço público será ou não prestado. E a resposta a essa solicitação de prestação de serviço público se dá ou com um despacho fundamentado do delegado de polícia informando que a notícia constitui um fato manifestamente (e indiscutivelmente) atípico, ou sem a mínima probabilidade de veracidade, o que justifica o descarte liminar das informações recebidas, ou então a resposta ocorrerá com a instauração de uma investigação criminal. Não pode a situação ficar indefinidamente num limbo jurídico de “averiguações preliminares”, sem se dar ao cidadão uma resposta concreta sobre seu pedido de providências investigativas formais.

Assim, conclui-se que é absolutamente ilegal a prática, que hoje é regra nas Delegacias de Polícia brasileiras: após o registro da ocorrência policial, se já há uma linha de investigação clara, ocorre a instauração do IP (depois de algum tempo...), mas se não há essa linha procede-se primeiro a uma investigação preliminar para depois se decidir sobre a instauração do IP. Assim, essa prática acaba por condicionar a instauração do inquérito à viabilidade de solução do caso (e não o contrário, de se instaurar o inquérito exatamente para verificar a viabilidade de solução do caso). Em situações ainda muito mais graves, a Polícia

imediate de IP, estando presente a justa causa, enquanto regra de preservação da indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público, ver CNPG, 2012 (Anexo IC, item 6).

⁵⁰⁶ Sobre o conceito de interpretação conforme à Constituição, ver lição de Barroso, 2009:194-5: “Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a Lei Fundamental. Isso ocorrerá, naturalmente, sempre que um determinado preceito infraconstitucional comportar diversas possibilidades de interpretação, sendo qualquer delas incompatível com a Constituição. Note-se que o preceito permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal”. No mesmo sentido, afirma Canotilho, 2003:1227, que “quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a *melhor orientada* para a Constituição”

realiza toda a investigação fora do IP, para depois simplesmente instaurá-lo, juntar todas as diligências anteriores já prontas e remetê-lo à Justiça.

O problema tem dois enfoques, um jurídico e outro político. No enfoque jurídico a solução é clara: segundo o CPP brasileiro, sempre que houver notícia de um crime, havendo uma possibilidade minimamente respaldada de veracidade da informação, é obrigação da autoridade policial instaurar o inquérito, conforme o art. 5º, § 3º, do CPP, lido de acordo com o art. 129, I, da CRFB e art. 3º, “d”, da LC n. 75/1993. Essa obrigatoriedade decorre do princípio da obrigatoriedade da ação penal e da legalidade, para que todas as diligências sejam realizadas de forma documentada e com o controle do Ministério Público. Assim, se assegura que o Ministério Público fiscalize se havia mesmo ou não a linha de investigação, e que as diligências sejam documentadas e controladas. Em outras palavras, a interpretação literal e sistemática do art. 5º, § 3º, do CPP torna-o uma garantia de que não haverá averiguações preliminares quando já há uma certeza minimamente respaldada sobre a materialidade.

O contra argumento usual da Polícia (que possui tom político e não jurídico) é o de que esse procedimento, por si só, já consumiria enorme mão de obra policial, que poderia ser utilizada para resolver os casos que tem possível linha de investigação. Todavia, quanto a esse enfoque político, cremos que não é possível ao delegado de polícia sobrepor-se ao legislador, que estabeleceu a obrigatoriedade de inquérito quando há notícia de crime ainda que sem autoria conhecida, bem como subtraindo o conhecimento desse fato ao Ministério Público, quem a Constituição conferiu a obrigação legal de exercer a ação penal e de controlar a atividade policial. Ainda que a taxa de não resolução de casos se elevasse com essa solução (que é a legal), isso seria produtivo para documentar a situação problemática e cobrar resultados efetivos das autoridades responsáveis pelo aparelhamento das forças policiais. Aliás, o excesso de burocracia na tramitação do IP poderia ser substancialmente reduzido, como, por exemplo, ocorre com o procedimento dos Termos Circunstanciados previsto na Lei n. 9.099/1995, ou mesmo pela reinvenção da rotina administrativa das Delegacias de Polícia, preferencialmente orientada por profissionais de administração (e não do Direito)⁵⁰⁷. Mas por outro lado, parte desta burocracia é

⁵⁰⁷ Parece-nos exemplos claros do excesso de formalidades do IP: complexos despachos de instauração do IP, impressão das capas de autuação, carimbos e certidões dos escrivães de polícia com conclusão de autos ao delegado de polícia, recebimento dos autos e encaminhamento às seções de investigação, comunicações a diversos órgãos sobre a instauração do IP, longas reduções a termo de depoimentos (ao invés de um relatório sucinto das

exatamente expressão da exigência de mecanismos de controle da atividade investigativa e, nessa medida, irrenunciáveis.

Não se nega que haja necessidade de racionalizar a força de trabalho policial elegendo prioridades, mas a eleição dessas prioridades passa por definição legislativa dos casos de prioridades legais e, na falta desta, não pode ser subtraída do Ministério Público. Não se pode delegar ao delegado de polícia a discricionariedade (não prevista em lei) de não instaurar inquérito quando, apesar de haver sinais dos fatos, não há linha de investigação ao seu ponto de vista. Seria mais transparente que se instaurasse o IP, se documentasse que não há linha de investigação, o Ministério Público fiscalizasse essa situação, e posteriormente se arquivasse, conforme está previsto na lei. O que não se admite é que essa enorme quantidade de notícias de crimes que não geram inquérito fiquem à margem da fiscalização do Ministério Público.

Ademais, a não instauração imediata de IP pode acobertar uma verdadeira omissão de investigação, ou um atraso na condução das investigações, a comprometer sua eficiência. Deve-se lembrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve oportunidade de condenar o Brasil por ineficiência na condução de investigação criminal de homicídio de pessoa sob custódia do Estado, quando o IP foi instaurado apenas 38 dias após os fatos (entre outras circunstâncias)⁵⁰⁸.

3.3.3 *Segue: o problema da denúncia anônima*

O tema da denúncia anônima e sua suficiência (ou não) para permitir o início de uma investigação está ligado à questão dos níveis qualitativos de cognição dos “indícios do fato” necessários para a instauração de um inquérito.

informações) e o maior exemplo de burocracia, os relatórios de conclusão do inquérito, que normalmente são apenas uma remissão das diligências realizadas. Registre-se que no sistema português admite-se que não haja redução a termo de todos os atos do inquérito (como dos depoimentos), exceto a denúncia e as diligências que necessitam de intervenção judicial para restrição, cf. art. 275 do CPP (ver G.M. Santos, 2002:333). Talvez uma contribuição importante para desburocratização do IP fosse o fim da tramitação triangular do IP via Judiciário. Outra seria a efetiva implementação do processo informatizado (cuja tramitação já está genericamente prevista na Lei n. 11.419/2006, ainda que essa não fale especificamente de inquérito policial, mas de processo criminal em sentido amplo), permitindo-se que o IP fosse instaurado pela Polícia e acompanhando eletronicamente pelo Ministério Público (se possível, *de lege ferenda*, com acompanhamento simultâneo, sem necessidade de que a Polícia parasse as investigações para solicitar dilações de prazo).

⁵⁰⁸ CIDH, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4 jul. 2006, § 188-189.

Em Portugal, o tema da denúncia anônima está regulamentado no art. 248, apartados 5 a 7, do CPP, introduzidos pela Lei n 48/2007. Estabelece o art. 248.5 que a denúncia anônima apenas determina a abertura de inquérito policial se dela se retirem indícios da prática de crime, ou se ela mesma constituir em um crime. Se não houver abertura de inquérito, a denúncia anônima deve ser destruída (art. 248.7). Na mesma linha é o art. 164.2 do CPP português que estabelece a proibição de juntada de documento anônimo.

Segundo Marques da Silva, à denúncia anônima devem ser equiparados os rumores públicos (uma forma de depoimento de ouvir dizer) e eventualmente as reportagens jornalísticas⁵⁰⁹.

No sistema português, quem aprecia se estão presentes ou não os indícios que justificam a possibilidade de abertura de inquérito em razão de denúncia anônima, ou se esta deve ser destruída, é o Ministério Público. Assim, se ainda não há inquérito instaurado, ou se ele já está instaurado, quem apreciará diretamente a denúncia anônima é o Ministério Público. Caso já se esteja na fase de instrução, deve o juiz de instrução abrir vista ao Ministério Público para que este avalie se há indícios para iniciar investigação ou se a denúncia anônima deve ser destruída⁵¹⁰.

Segundo Pinto de Albuquerque, a destruição da denúncia anônima deve ser registrada em um auto, com menção da data da destruição, referência ao número de registro da denúncia anônima e o funcionário responsável pela destruição⁵¹¹. A opção do sistema português de destruição imediata da denúncia anônima que não gera instauração de inquérito difere da opção do legislador italiano, que prefere o arquivamento desta pelo prazo de cinco anos⁵¹².

Ainda que as informações constantes da denúncia anônima venham posteriormente se confirmar, a denúncia anônima em si mesma não é uma prova e nunca poderá ser valorada em desfavor do acusado, pois a lei fixa uma proibição de prova (art. 164.2 do CPP português). A única exceção ocorre quando a própria denúncia anônima constituir um crime, situação em que a documentação de sua comunicação consistirá uma prova do crime a que se

⁵⁰⁹ G.M. Silva, 2009:57.

⁵¹⁰ Sobre essa competência exclusiva do Ministério Público para apreciar a denúncia anônima, ver Albuquerque, 2009:645.

⁵¹¹ Defendendo esse procedimento: Pinto de Albuquerque, 2009:645.

refere (v.g., o crime de denúncia caluniosa, previsto no art. 365 do CP português, ou simulação de crime, previsto no art. 366 do CP português).

No Brasil, a CRFB/1988, art. 5º, inciso IV, estabelece liberdade de expressão e a vedação do anonimato. Segundo o Min. Carlos Ayres Britto⁵¹³, a admissão da denúncia anônima em procedimentos criminais seria um ato de cidadania, de contribuição do cidadão com a atividade de segurança pública. Como há sempre o sério risco de pessoas sofrerem represálias ao se exporem quando denunciam um crime (especialmente se os autores do crime possuem algum tipo de poder que possibilite gerar represálias), a única forma de se permitir que as autoridades públicas tomem conhecimento do crime seria admitir o recebimento de denúncias anônimas, para a partir delas realizar atividades ordinárias de verificação preliminar, as quais, se confirmadas, permitiriam a instauração de um inquérito. Segundo o Min. Cezar Peluzo⁵¹⁴, a denúncia anônima possui serventia prática, mas não possui serventia jurídica. Permite o início de verificações preliminares, mas ela em si mesma não prova nada.

Por outro lado, a admissão da denúncia anônima sem quaisquer cautelas pode gerar uma onda de “denuncismos” irresponsáveis, gerando um clima de ausência de segurança constante⁵¹⁵. A admissão sem cautelas de denúncias anônimas, por permitir a atuação de autoridades públicas sem quaisquer indícios mínimos pode, inclusive, favorecer a realização de atos de extorsão pelos encarregados da persecução penal, para que não se leve adiante uma suposta denúncia anônima⁵¹⁶. Também há que se tomar cuidado para que a denúncia anônima não seja a porta de entrada de informações obtidas por meios ilícitos⁵¹⁷.

⁵¹² Art. 5º do Regulamento para Execução do CPP italiano. Comentários em Albuquerque, 2009:645.

⁵¹³ Voto proferido em: STF, Pleno, HC nº 84.827/TO, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 23 nov. 2007.

⁵¹⁴ Voto proferido em: STF, Pleno, HC nº 84.827/TO, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 23 nov. 2007.

⁵¹⁵ O caráter pernicioso das acusações anônimas já fora denunciado por Beccaria, 2009:91: “Quem pode defender-se da calúnia, quando ela está armada com o mais forte escudo da tirania: o segredo?”.

⁵¹⁶ Um interessante caso de crime de extorsão para não registro de denúncia anônima (aliás, feita pelo próprio autor da extorsão, que trabalhava na Procuradoria-Geral da República) foi julgada no acórdão STJ (Portugal) de 12 jul. 2006, proc. n.º 06P1608, disponível em: www.dgsi.pt, acesso em: 3 set. 2010.

⁵¹⁷ G.M. Silva, 2005:399, dá notícia de que, em Portugal, há suspeitas de se realizarem escutas telefônicas sem autorização judicial como uma estratégia frequente em termos de “inteligência” de investigação, o que obviamente subverteria o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

3.3.3.1 A jurisprudência portuguesa

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal não possui uma posição clara sobre a admissibilidade da denúncia anônima⁵¹⁸. Poucos são os acórdãos que enfrentam diretamente a questão da possibilidade de instauração de inquérito com fundamento exclusivo em denúncia anônima.

Há precedente antigo afirmando taxativamente que a instauração de inquérito com fundamento em denúncia anônima constitui nulidade⁵¹⁹. Todavia, também há precedentes mais recentes admitindo a instauração de inquérito com fundamento em denúncia anônima⁵²⁰.

A maioria dos casos de denúncia anônima é analisada não se discutindo se seriam fundamento suficiente para a instauração em si da atividade de investigação, mas se seriam fundamento suficiente para a realização de diligências investigativas que envolvem a violação de direitos fundamentais (como prisão em flagrante, buscas domiciliárias, ou escutas telefônicas judicialmente autorizadas). A maioria das decisões inclina-se para entender que a denúncia anônima, de forma isolada, não é suficiente para justificar a restrição de direitos fundamentais na investigação⁵²¹, mas se corroborada por outras diligências policiais (efetivamente suficientes) poderiam justificar⁵²².

⁵¹⁸ Foi realizada pesquisa no site <http://www.dgsi.pt>, acesso em 03 set. 2010, quanto à jurisprudência do referido Supremo Tribunal de Justiça, com as expressões “denúncia anônima penal” tendo se constatado 16 acórdãos sobre o tema.

⁵¹⁹ Acórdão do STJ de 17 fev. 1994, proc. n. 043261.

⁵²⁰ No acórdão do STJ de 23 mar. 2006, proc. n. 06P1063, o tribunal indeferiu habeas corpus e admitiu como válida a instauração de uma investigação “na sequência de uma denúncia anônima”. No acórdão STJ de 02 maio 2002, proc. n. 02P157, entendeu-se como válida investigação iniciada após denúncia anônima. No acórdão STJ de 06 maio 2004, proc. n. 04P774, embora o caso não se tratasse de denúncia anônima, discorreu-se argumentativamente que uma denúncia anônima seria uma prova lícita para desencadear uma investigação (como argumento para deixar de encerrar uma investigação na qual a única prova foi considerada ilícita). Também o acórdão STJ de 16 out. 2003, proc. n. 03P2134, entendeu que após o recebimento de uma denúncia anônima a Polícia Judiciária poderia realizar os “atos cautelares e urgentes necessários”, ainda que tenha reconhecido nesse caso que a denúncia anônima não foi essencial, pois já havia uma investigação em andamento, com escuta regularmente autorizada, e as informações da denúncia anônima apenas confirmaram as informações constantes da escuta, que justificaram se efetuar uma prisão em flagrante.

⁵²¹ Entendendo que a busca realizada pela Polícia apenas com fundamento em denúncia anônima consistiria prova ilícita, ver acórdão do STJ de 20 fev. 2008 (Proc. n.07P4553). No acórdão STJ de 31 out. 2007 (proc. n. 07P1772) entendeu-se que após a denúncia anônima os policiais realizaram uma pesquisa superficial na vizinha, recolhendo novamente “boatos genéricos”, a partir dos quais se representou pela realização de escutas telefônicas, tendo o tribunal entendido que tais informações não consistiam sequer em indícios remotos e portanto as escutas eram prova ilícita, pois a confirmação das informações pelos OPC’s não proporcionava efetivamente “indícios”, mas reproduzia a denúncia anônima. O acórdão decidiu: “As autoridades policiais teriam que previamente encetar outras formas de investigação, nomeadamente fazendo vigilância aos indivíduos suspeitos, pelo período de tempo

Todavia, também há precedente isolado entendendo que não são exigidos indícios fortes para realizar uma interceptação telefônica, bastando as informações constantes de denúncia anônima⁵²³.

No âmbito do Tribunal Constitucional⁵²⁴, há várias decisões não conhecendo de recursos que se fundamentavam no fato de uma investigação ter sido iniciada com fundamento em denúncias anônimas, que posteriormente se comprovaram no curso das investigações⁵²⁵. Há precedente entendendo que se uma diligência (escuta telefônica), foi realizada com fundamento em denúncia anônima e em outras diligências, seria válida⁵²⁶.

necessário, até que apurassem com certeza quem e em que circunstâncias praticava fados ilícitos e de que tipo. [...] Certas provas, de tão fraca força probatória como as de ‘ouvir dizer’, só em casos contados são admitidas. As vozes públicas ou rumores públicos, os boatos, estão proscritos da matéria penal. O mero rumor vago não constitui nem sequer indício remoto. No documento há uma declaração probatória, tratando-se porém de um escrito anônimo, a ‘declaração’ equipara-se, quando muito, a um rumor vago e impreciso e não constitui prova, só podendo assim considerar-se se constituir o próprio objecto do delito, por exemplo, uma difamação. Se a Polícia recebe uma ‘confidência’, seguida da recusa de revelar a fonte, não haverá um depoimento com o significado processual que o código lhe atribui”.

⁵²² No acórdão STJ de 09 out. 2003, proc. n. 03P2851, entendeu-se que era válida uma prisão em flagrante por tráfico de drogas realizada após denúncia anônima de envolvimento com o tráfico, seguida de vários meses de diligências de confirmação. Já no acórdão STJ de 17 out. 2010 (Proc. n. 07P3495) reconheceu-se que após a denúncia anônima a Polícia diligenciou confirmar as informações, admitindo-se a intervenção daí decorrente como legítima.

⁵²³ Nesse sentido o acórdão do STJ de 14 jul. 2006, proc. n. 06P1706, que, discutindo o tema de realização de escuta telefônica após denúncia anônima, acolheu como válida a seguinte fundamentação do tribunal recorrido: “A determinação da realização de interceptação não está porém dependente da existência (pré-existência) de indícios da prática de factos em concreto mas apenas - como decorre até da lógica, vista a fase processual - de suspeitas suficientes para justificar o desenvolvimento da acção investigatória dirigida num certo sentido, o que fica muito aquém de “indícios” com o alcance que a lei exige noutras situações. Aliás, a não ser assim inviabilizar-se-ia, na maioria dos casos, o efeito útil das escutas que é o de levar à descoberta de um concreto crime e punição do seu agente (este o interesse constitucional que determinou a criação do regime de excepção que as admite), viabilizando essa descoberta e punição tanto a nível da estruturação da prova, como a nível, exactamente, da recolha de indícios dos factos (que não faria sentido entender-se deverem preexistir). O que se exige é que a interceptação telefónica tenha por finalidade e seja idónea a descobrir a verdade quanto a factos criminosos integrantes de algum dos crimes para que é estabelecido o regime de excepção do artº 187º, de cujo cometimento haja suspeitas fundadas o bastante para despoletar a sua investigação em curso no processo.”

⁵²⁴ Foi realizada pesquisa no site <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 13 set. 2010, com as expressões “denúncia anónima”, tendo resultado 10 acórdãos, que foram analisados e os acórdãos pertinentes a essa pesquisa foram sistematizados a seguir.

⁵²⁵ Nesse sentido: acórdãos TC n. 370/2006, 615/2004, 448/2004, 198/2004. Não conheceu por questões processuais: acórdão n. 25/2003.

⁵²⁶ Portugal, acórdão TC n. 370/2006. Esse acórdão faz a curiosa distinção entre uma denúncia anônima e uma denúncia feita por pessoa identificada, mas que pede para não ser identificada no processo, afirmando que nesse caso não se trataria de denúncia anônima (situação curiosa que, em nossa visão, deveria ser reconduzida à denúncia anônima por ausência de documentação nos autos da responsabilidade pela informação).

3.3.3.2 A jurisprudência brasileira

A jurisprudência do STJ também não fornece um norte claro sobre o tema da denúncia anônima⁵²⁷, mas percebe-se uma tendência de admitir o início das investigações a partir apenas de denúncias anônimas, com cautelas especiais quanto à pessoa do investigado⁵²⁸.

Já outros precedentes afirmam que o correto seria a denúncia anônima subsidiar um procedimento preliminar pelas autoridades de investigação, a partir do qual, se confirmadas as informações, haveria a instauração do inquérito⁵²⁹. Há decisões que simplesmente afirmam que se houve a realização das diligências preliminares antes da instauração do inquérito não haveria vício (não esclarecendo se essas diligências seriam essenciais para a instauração por ser inadmissível a instauração mediante denúncia anônima)⁵³⁰. Alguns poucos precedentes chegaram a enfrentar diretamente a legalidade da instauração de uma “verificação de procedência das informações” (inclusive dando-lhes a sigla de VPI), para confirmar denúncia anônima, concluindo que se trata de um procedimento lícito, que não configura constrangimento ilegal⁵³¹.

Em regra não se admite a realização de diligências restritivas de direitos fundamentais (como escutas telefônicas) com fundamento exclusivo em denúncias anônimas, que seriam suficientes apenas para a instauração do procedimento de investigação, não para a

⁵²⁷ Foi realizada pesquisa no site www.stj.gov.br, em 03 set. 2010, com os temas “denúncia anônima penal”, resultando 59 acórdãos, que foram analisados e, os pertinentes para a presente pesquisa, classificados, conforme consta no texto em seguir.

⁵²⁸ Conferir um dos vários precedentes nesse sentido: STJ, 5ª T., HC 44.649/SP, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 8 out. 2007, ementa: “Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado”. No mesmo sentido, afirmando categoricamente a possibilidade de instaurar o inquérito com fundamento da denúncia anônima: STJ, 5ª T., HC 83.611/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 02 fev. 2010, DJe 01 mar. 2010. STJ, 5ª T., HC 93.421/RO, rel. Ministro Felix Fischer, j. 24 nov. 2008, DJe 09 mar. 2009. STJ, 5ª T., HC 77.082/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 07 ago. 2007, DJ 10 set. 2007.

⁵²⁹ STJ, 5ª T., RHC 23709 / RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. 20 maio 2010, DJe 14 jun. 2010. STJ, 6ª T., HC 53.703/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 02 abr. 2009, DJe 17 ago. 2009. STJ, 5ª T., HC 83.830/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 03 fev. 2009, DJe 09 mar. 2009. STJ, CE, APn .300/ES, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 18 abr. 2007, DJ 06 ago. 2007.

⁵³⁰ STJ, 6ª T., HC 119.702/PE, Rel. Ministra Jane Silva j. 06 fev. 2009, DJe 02 mar. 2009. STJ, 6ª T., HC 106.040/SP, Rel. Ministra Jane Silva j. 26 ago. 2008, DJe 08 set. 2008. STJ, 5ª T., HC 41.366/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. 02 jun. 2005, DJ 20 jun. 2005. STJ, 6ª T., RHC 7.329/GO, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 16 abr. 1998, DJ 04 maio 1998.

⁵³¹ STJ, 6ª T., HC 103.566/RJ, Rel. Ministra Jane Silva j. 11 nov. 2008, DJe 01 dez. 2008. STJ, 5ª T., RHC 14.434/RJ, Rel. Ministro Jorge Scartezini, j. 01 abr. 2004, DJ 24 maio 2004.

restrição de direitos⁵³². Em outros precedentes, entendeu-se que não haveria ilegalidade no deferimento de diligências (escutas telefônicas⁵³³, busca domiciliar⁵³⁴ ou prisão em flagrante⁵³⁵) com fundamento em denúncia anônima, se também há outros elementos de informação a subsidiá-la. Até se admitiu escuta telefônica com fundamento apenas em denúncias anônimas e reportagens jornalísticas⁵³⁶. Quanto a esse último aspecto, há precedente distinguindo a denúncia anônima do fato notório, de conhecimento geral (normalmente com ampla divulgação pela mídia), situação em que esse último justificaria a instauração de inquérito policial⁵³⁷.

Para investigações administrativas, a posição também é oscilante, com decisões admitindo a instauração de processo administrativo com fundamento em denúncias anônimas⁵³⁸, e outros não admitindo⁵³⁹. Há vários precedentes da Corte Especial do STJ não admitindo início de sindicância preliminar com fundamento em denúncia anônima contra pessoa sujeita à sua jurisdição em sede de foro por prerrogativa de função, como forma de preservar a “dignidade do cargo”⁵⁴⁰.

Por outro lado, também há precedente de que se foi instaurado inquérito com fundamento em denúncia anônima, que já tramita há vários anos sem esclarecer os fatos, com

⁵³² STJ, 5ª T., HC 64.096/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 27 maio 2008, DJe 04 ago. 2008. Sobre inadmissibilidade de interceptações telefônicas com fundamento exclusivo em denúncias anônimas: STJ, 6ª T., HC 137349, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 5 abr. 2011 (nesse último caso, entende-se que, mesmo que tenha havido confirmações da denúncia anônima em diligências preliminares pela Polícia, não seria admissível o deferimento da interceptação).

⁵³³ STJ, 5ª T., HC 150.820/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 06 abr. 2010, DJe 03 maio 2010.

⁵³⁴ STJ, 5ª T., HC 59.670/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, j. 15 mar. 2007, DJ 16 abr. 2007.

⁵³⁵ STJ, 5ª T., HC 141.490/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 06 abr. 2010, DJe 26 abr. 2010. STJ, HC 27.066/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. 22 abr. 2003, DJ 23 jun. 2003. STJ, 5ª T., HC 18.863/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, j. 15 ago. 2002, DJ 16 set. 2002.

⁵³⁶ STJ, 6ª T., HC 116.375/PB, Rel. Ministra Jane Silva, j. 16 dez. 2008, DJe 09 mar. 2009.

⁵³⁷ STJ, CE, Apn .329/PB, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j. 20 set. 2006, DJ 23 abr. 2007.

⁵³⁸ STJ, 3ª S., MS 12.385/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, j. 14 maio 2008, DJe 05 set. 2008.

⁵³⁹ STJ, 1ª T., REsp 1074302 / SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 20 abr. 2010, DJe 03 ago. 2010.

⁵⁴⁰ STJ, CE, QO na Sd .166/DF, Rel. Ministro Nilson Naves, 28 maio 2009, DJe 03 set. 2009. STJ, CE, AgRg na Sd .100/TO, Rel. Ministro Marcio Ribeiro, j. 04 mar. 2009, DJe 30 abr. 2009. STJ, CE, QO na Sd . 81/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, j. 21 jun. 2006, DJ 28 ago. 2006. STJ, CE, QO na NC .280/TO, Rel. Ministro Nilson Naves, j. 18 ago. 2004, DJ 05 set. 2005. STJ, CE, AgRg no Inq .355/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, j. 17 mar. 2004, DJ 17 maio 2004. No mesmo sentido, há precedente da 6ª Turma: STJ, 6ª T., HC 95.838/RJ, Rel. Ministro Nilson Naves, j. 26 fev. 2008, DJe 17 mar. 2008. Esses precedentes parecem indicar certa seletividade do sistema penal, já que para a criminalidade de massa as turmas da 3ª Seção (área criminal) admitem com facilidade as denúncias anônimas, mas para as pessoas com foro por prerrogativa de função essa seria liminarmente inadmissível.

indicativo de que se trataria de perseguição política, haveria constrangimento por falta de justa causa para a investigação, admitindo-se seu arquivamento em sede de *habeas corpus*⁵⁴¹.

Já o STF⁵⁴² possui orientação aparentemente firme no sentido de que a denúncia anônima não permite instaurar diretamente o inquérito policial, apenas permite que a Polícia realize diligências preliminares para confirmar a veracidade da denúncia anônima e, com fundamento nesse seu conhecimento direto instaurar a investigação criminal⁵⁴³.

Também há precedentes do STF admitindo a realização de prisão em flagrante com fundamento em denúncia anônima, e a partir da prisão em flagrante a instauração do inquérito⁵⁴⁴, inclusive se para efetuar a prisão for necessária a violação do domicílio⁵⁴⁵ e que nessa situação não se trataria de flagrante forjado, mas prova válida⁵⁴⁶. Há precedentes que não reconheceram nulidades se além da denúncia anônima houve outros elementos de informação a

⁵⁴¹ STJ, 6ª T., HC 74.581/CE, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j. 06 dez. 2007, DJe 10 mar 2008.

⁵⁴² Foi realizada pesquisa no site www.stf.gov.br, em 03 set. 2010, com os temas “denúncia anônima”, resultando 26 acórdãos, que foram analisados e, os pertinentes para a presente pesquisa, classificados, conforme consta no texto em seguir.

⁵⁴³ O precedente mais remoto consiste em decisão liminar proferida pelo Min. Celso de Melo, que admite o início de investigação (nesse caso, uma investigação administrativa do TCU) a partir de denúncia anônima: STF, MC no MS 24.369/DF, rel. Min. Celso de Mello (decisão monocrática), j. 10 out. 2002, DJ 16 out. 2002, conferir: “Delação anônima. Comunicação de fatos graves que teriam sido praticados no âmbito da administração pública. Situações que se revestem, em tese, de ilicitude (procedimentos licitatórios supostamente direcionados e alegado pagamento de diárias exorbitantes). A questão da vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, *in fine*), em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes. Obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), torna inderrogável o encargo de apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Razões de interesse social em possível conflito com a exigência de proteção à incolumidade moral das pessoas (cf., art. 5º, x). O direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade constituiria uma limitação externa aos direitos da personalidade & liberdades em antagonismo. Situação de tensão dialética entre princípios estruturantes da ordem constitucional. Colisão de direitos que se resolve, em cada caso ocorrente, mediante ponderação dos valores e interesses em conflito”. Posteriormente houve a decisão colegiada do STF, 1ª T., HC 84827, rel. Min. Marco Aurélio, j. 7 ago. 2007, DJe-147 de 22 nov. 2007, cuja ementa afirma genericamente que não é admissível o anonimato, mas no corpo das discussões, constante do inteiro teor do acórdão, consta das discussões que no caso de denúncia anônima deveria primeiro ser realizadas averiguações preliminares para constatar a verossimilhança da notícia da materialidade do fato e, após essa confirmação, seria admissível a instauração de inquérito; nesse precedente arquivou-se o procedimento por entender que as diligências preliminares do Ministério Público não teriam confirmado sequer os indícios da materialidade (suspeitava-se de tráfico de influência de juiz, que venderia sentenças, e a única averiguação preliminar seria algumas sentenças em tese suspeitas). Esse precedente que admite a realização de diligências preliminares de averiguação após uma denúncia anônima foi utilizado para justificar decisões posteriores, como a seguinte: STF, 1ª T., HC 95244, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23 mar. 2010, DJe-076 de 29 abr. 2010.

⁵⁴⁴ STF, 2ª T., HC 90178, rel. Min. Cezar Peluso, j. 2 fev. 2010, DJe-055 25 mar. 2010.

⁵⁴⁵ Especificamente admitindo a violação de área de uma fazenda, a partir de denúncia anônima, que apreendeu grande quantidade de droga: STF, 2ª T., RHC 86082, rel. Min. Ellen Gracie, j. 5 ago. 2008, DJe-157 22 ago. 2008.

⁵⁴⁶ STF, 1ª T., HC 74195, rel. Min. Sydney Sanches, j. 13 ago. 1996, DJ 13 set. 1996.

fundamentar a diligência policial⁵⁴⁷. Para a hipótese de investigações administrativas, o STF também possui precedente admitindo a instauração de investigação a partir de denúncias anônimas⁵⁴⁸.

Um dos precedentes que parece colocar o tema em melhor análise é o consubstanciado na recente decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Melo na MC em HC 106.664/SP. Por sua clareza e relevância, conferir a ementa⁵⁴⁹:

- As autoridades públicas não podem iniciar qualquer medida de persecução (penal ou disciplinar), apoiando-se, unicamente, para tal fim, em peças apócrifas ou em escritos anônimos. É por essa razão que o escrito anônimo não autoriza, desde que isoladamente considerado, a imediata instauração de “persecutio criminis”. - Peças apócrifas não podem ser formalmente incorporadas a procedimentos instaurados pelo Estado, salvo quando forem produzidas pelo acusado ou, ainda, quando constituírem, elas próprias, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no crime de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o “crimen falsi”, p. ex.). - Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (“disque-denúncia”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discrição”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da “persecutio criminis”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas. - Diligências prévias que, promovidas pelo Departamento de Polícia Federal, revelariam a preocupação da Polícia Judiciária em observar, com cautela e discrição, as diretrizes jurisprudenciais estabelecidas, em tema de delação anônima, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.3.3.3 Análise crítica

Aparentemente a jurisprudência portuguesa é mais tendente a admitir a admissibilidade da instauração de investigações com fundamento em denúncias anônimas, de certa forma refletindo a ausência de críticas mais acirradas desse fenômeno pela doutrina portuguesa. Já a jurisprudência brasileira oscila, estando aparentemente o STJ inclinado a admitir

⁵⁴⁷ STF, 2ª T., HC 91350, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17 jun. 2008, DJe-162 28 ago. 2008.

⁵⁴⁸ Para investigações do CNMP de irregularidades de lotação de membros do Ministério Público, ver STF, Pleno, MS 27339, rel. Min. Menezes Direito, j. 2 fev. 2009, DJe-043 5 mar. 2009.

⁵⁴⁹ STF, MC em HC 106.664/SP, rel. Min. Celso de Melo, j. 19 mar. 2011. Este precedente reitera a posição desse ministro exposta anteriormente no MS 24.369/DF, todavia, de forma mais clara sobre os limites das diligências admissíveis diante de uma denúncia anônima.

a instauração de investigação com fundamento na denúncia anônima, e o STF inclinado a exigir diligências preliminares para justificar a instauração do inquérito. Apesar da oscilação da jurisprudência sobre o tema da denúncia anônima, parece-nos que seria possível extrair alguns princípios gerais do que deveria ser o regramento ideal sobre o tema (seja em Portugal ou Brasil).

No âmbito criminal, não é conveniente que uma denúncia anônima dê ensejo diretamente à instauração de um procedimento criminal contra uma pessoa. É necessário que as autoridades de investigação procedam a diligências preliminares para verificar o mínimo de credibilidade das informações constantes da denúncia anônima. Então, com fundamento nas informações obtidas pela Polícia (ou Ministério Público), e não com fundamento na denúncia anônima, é que se admitiria a instauração de um inquérito. Para a restrição de direitos fundamentais, não pode ser admissível que apenas uma denúncia anônima fundamente uma atuação policial (de violação de domicílio ou prisão em flagrante) ou decisão judicial (v.g., de escutas telefônicas), sendo necessário que antes dessas diligências sejam recolhidos elementos de informação suficientes para se tornarem em si mesmos uma “causa provável” (*probable cause*) que justifique a restrição ao direito fundamental, pois não é possível a restrição de direitos fundamentais sem indícios suficientes a legitimá-la⁵⁵⁰. Se recolhidos elementos suficientes, a intervenção seria legítima, mas se os elementos ainda não eram suficientes, então a intervenção não foi legítima. No caso de notícias jornalísticas, se o repórter confirma *per si* as informações, noticiando que foi a um local, viu fatos, ou com filmagens que por si só documentam uma situação aparentemente ilícita, parece-nos perfeitamente razoável equiparar essa informação a uma fonte autêntica e a partir da mesma justificar a instauração de uma investigação para esclarecer os fatos; contudo, se a notícia se fundamenta em fontes anônimas e especulações, deve ser equiparada à denúncia anônima, com as cautelas antes recomendadas.

Quanto à profundidade dos requisitos de comprovação, parece-nos ser mais garantista flexibilizar os requisitos mínimos de comprovação, para que, diante de uma fiabilidade mínima da notícia, a investigação prossiga no bojo de um inquérito, com todas as garantias daí decorrentes, do que exigir níveis elevados de comprovação para iniciar o IP e acabar por induzir a

⁵⁵⁰ Analisando a necessidade de “*probable cause*” para a restrição de direitos fundamentais na fase das investigações, ver J.M.D. Cunha, 2006:78.

que a maioria da atividade investigativa ocorra fora de um procedimento formal de controle das investigações⁵⁵¹.

O problema que daqui se extrai é que a jurisprudência brasileira expressamente admite a realização de sindicâncias preliminares pela Polícia (ou pelo Ministério Público) para confirmar os indícios mínimos do fato e, a partir dessa confirmação, permitir a instauração do inquérito policial. Um problema que analisaremos mais adiante.

3.3.4 *Segue: o problema das investigações pró-ativas para o crime organizado*

O problema que se coloca quando se considera a investigação do crime organizado é que a investigação desse delito tem exigido dos operadores policiais um novo paradigma metodológico na investigação criminal⁵⁵². A existência de crimes sem vítimas, realizados por organizações sofisticadas, que camuflam suas ações e impõem em seu seio uma lei do silêncio, muda drasticamente a lógica da investigação. No paradigma tradicional de reação ao crime, a Polícia toma conhecimento de um crime para poder iniciar uma investigação, a qual deverá tentar reconstruir através dos indícios recolhidos o que ocorreu. No novo paradigma introduzido pelo crime organizado, a Polícia não toma conhecimento do crime para iniciar a investigação, pois normalmente não há uma vítima individualizada e os bens jurídicos são supraindividuais, como o tráfico de drogas, crimes econômicos, corrupção, lavagem de dinheiro, terrorismo *etc.* Ainda que haja uma vítima individualizada, ela raramente estará disposta a delatar o crime. Aqui a Polícia deve estar constantemente monitorando as áreas sensíveis à prática de crimes para detectar os sinais invisíveis de uma possível ação criminosa (alertas precoces), e, a partir dessas pistas, identificar a possível realização de um crime. Não se investiga um fato delimitado, mas uma atividade criminosa, visando o seu conhecimento em tempo real (presente) e a prognose de suas próximas ações (futuro).

⁵⁵¹ Em sentido semelhante, afirma Bouloc, 2010:380: “as declarações assim obtidas [de forma anônima] não poderão servir de prova diante do princípio do devido processo legal (*jugement équitable*), mas elas poderão orientar os investigadores”. Em sentido semelhante o por nós proposto: E.P. Oliveira, 2009:46; Nucci, 2008:87; Choukr, 2009:42-48; R. Greco, 2012:190.

⁵⁵² Dispensamos aqui explicar sobre as dificuldades tradicionais da própria conceituação do que seria o “crime organizado”; sobre o tema ver Braz, 2009:266-276; Ambos, 2009:14-18. No Brasil, ver A.F. Gomes *et al.*, 2000:55 *et seq.*

Nesse paradigma a Polícia não mais aguarda a comunicação do crime para agir, ao contrário, ela age constantemente, numa investigação pró-ativa⁵⁵³. Especificamente no domínio econômico, ela se traduz numa atividade de constante fiscalização das atividades ordinárias, de sorte que, diante de alertas precoces, já se iniciam atividades preliminares de esclarecimento, para verificar se ocorreu ou não um possível fato criminoso⁵⁵⁴. O incremento da atividade de prevenção criminal como uma rotina de polícia também possui ligações com esse novo paradigma, já que não se espera a ocorrência do crime, mas procura-se evitá-lo e, portanto, a atividade de recolha e análise de dados passa a ser uma constante na atividade policial, mesmo antes da própria prática de algum eventual ato ilícito, já que se procura exatamente evitar sua prática ou recolher informações de confirmação de uma pré-suspeita, numa verdadeira “fase policial de obtenção da suspeita”⁵⁵⁵.

Esse novo paradigma de investigação criminal coloca problema de duas ordens: de legitimidade e de controle. Uma primeira é sobre a própria legitimidade dessa forma de investigação e outra sobre seu procedimento e respectivo controle. Quanto à legitimidade, o problema que se coloca é de expandir tanto a área de possível investigação estatal que se retorne a um verdadeiro Estado de Polícia, de panoptismo generalizado, que acabe por tornar letra morta as garantias constitucionais de privacidade, de forma que as agências policiais se tornem verdadeiros serviços secretos criminais⁵⁵⁶. Sobre esse tema, Chiavario salienta que a legitimidade de uma investigação para buscar a própria notícia do crime está em condicionar essa atividade também a um mínimo de *fumus*, ou seja, de alguma razão objetiva de suspeita, que justifique o

⁵⁵³ Essa expressão de “investigação proativa” em relação ao crime organizado, representativa de uma nova metodologia investigativa, é teorizada e exposta por Braz, 2009:331-343; Ambos, 2009:18-23; Hünerfeld, 1985:127. Também se referindo ao paradigma da investigação pró-ativa, mas reconduzindo-a ao âmbito das atividades de prevenção, sempre que ainda não houver um conhecimento de um fato criminoso concreto, ver J.M.D. Cunha, 1993:222-227. Também utilizando a expressão “sistemas de alertas prévios” quando à investigação de atividades de extremismo político, mediante um sistema contínuo de recolha e avaliação de informações pelos serviços secretos, ver Denninger, 2001:470.

⁵⁵⁴ Para uma crítica geral aos problemas processuais relativos à investigação do crime organizado, ver Fonseca, 2003:*passim* e Valente, 2009a:159-166. Este último reconhecendo a dificuldade acrescida de investigação do crime organizado, mas com uma visão crítica da proliferação de instrumentos de investigação mais restritivos à dignidade da pessoa humana e apostando na melhor organização da atividade policial.

⁵⁵⁵ Ambos, 2009:20. Sobre a ligação entre as investigações pró-ativas e a expansão da atividade de prevenção criminal, ver Albrecht, 1989:54. Sobre o risco de expansão da atividade de prevenção, ver comentários acima, na subseção 2.1.6.

⁵⁵⁶ Sobre esse tema, Lupária, 2009:184, faz referência ao risco de se reprimatizar uma *inquisitio generalis*. Schünemann, 2010c, fala de uma “secretização” (*Vergeheimdienstlichung*) da fase da investigação criminal ante a confusão entre atividade de prevenção e repressão no âmbito da criminalidade organizada. Ver ainda L. Rolim, 2010.

início da atividade de busca de confirmação da notícia do crime⁵⁵⁷. A legitimidade está ainda relacionada ao segundo aspecto do controle⁵⁵⁸.

A outra questão reside em saber se essa atividade de investigação pró-ativa deve desenvolver-se dentro do inquérito (como atividade processual penal) ou se ela realiza-se fora do inquérito, como mera atividade policial-administrativa de prevenção de crimes. Com efeito, a realização prática dessa investigação confunde-se muito com a lógica das atividades de inteligência, pois sequer se sabe se o crime foi ou não praticado⁵⁵⁹. E a nova metodologia de investigação do crime organizado passa a complicar ainda mais esse problema, pois em algumas situações se admite a utilização de informações de inteligência como prova criminal, na forma de “pareceres técnicos de inteligência”⁵⁶⁰.

Se toda atividade de esclarecimento preliminar de uma suspeita genérica de atividade criminosa for conduzida totalmente fora do inquérito, na prática o que ocorrerá é que os órgãos de polícia criminal teriam a primazia na investigação dos delitos ligados à fenomenologia do crime organizado, retirando-se por completo o controle pelo Ministério Público dessas diligências, ocorrendo uma verdadeira policialização da investigação da criminalidade organizada⁵⁶¹. Nas palavras de Bresciani, a necessidade de comunicação imediata da notícia do

⁵⁵⁷ Chiavario, 2009:401. Em sentido semelhante, afirma Santiago, 2007:451: “quando no âmbito de uma ação de prevenção sejam revelados indícios de criem uma suspeita minimamente corroborada de uma pessoa ter estado envolvida na prática de um crime deve de imediato cessar-se a atividade de prevenção e proceder-se à abertura de inquérito”; mas ele indica o risco concreto de se manipular artificialmente os limites dessa atividade e o perigo de se deixar esse juízo exclusivamente no domínio policial (especialmente no caso de crimes de corrupção do próprio governo).

⁵⁵⁸ Argumentando que a ausência de controle dessa atividade policial administrativa (mas preparatória da atividade de polícia judiciária) pode descambar para um sistema autoritário, v. Delmas-Marty, 2004:108.

⁵⁵⁹ Acentuando os perigos de a atividade de investigação incorporar a lógica dos serviços secretos, o que conduziria à ausência de controle sobre as atividades investigativas, ver a crítica de Hassemer, 1995:100-101: “O ‘combate preventivo ao crime’, como objetivo da atividade policial, acaba por esbater os limites ente prevenção e repressão, entre prevenção de perigos e combate ao crime que, até então, separaram nitidamente os domínios policial e processual penal. [...] As chamadas ‘pré-investigações’ removem os limites de intervenção delineados pela noção de indício, que tradicionalmente serviu para legitimar os transtornos na vida de pessoas inocentes, aceitáveis apenas mediante pressupostos e balizas claros”. Também destacando esse problema: A.F. Sousa, 2009:54; Ambos, 2009:19.

⁵⁶⁰ Ver F.C. Pereira, 2009:139-141; Almeida Neto, 2009.

⁵⁶¹ Ambos, 2009:18. Salientando o problema de as investigações pró-ativas, e as atividades de prevenção criminal relacionadas com a coleta sistemática de dados, se transformarem em investigações sem qualquer controle pelo Ministério Público, com consequente erosão de garantias constitucionais, transcrevemos a precisa análise de Backes, 1989:91: “A plenitude de informações reunidas pela Polícia na finalidade de sua atividade de prevenção concede-lhes um enorme poder de decisão. Eles não apenas decidem de forma autônoma quais áreas de criminalidade querem examinar preventivamente, quais prioridades serão estabelecidas e a forma de alocação de seus recursos humanos e materiais para essa atividade. Eles também decidem em primeira linha sobre o aspecto da

crime ao Ministério Público visa “prevenir o perigo ligado à criação de verdadeiras bolsas de imunidade à intervenção do Ministério Público em consequência de uma substancial ação de drenagem do fluxo informativo da Polícia ao Ministério Público”⁵⁶². Isso acabaria por dar uma racionalidade exclusivamente policial à investigação desses delitos, em prejuízo de transparência da fase investigativa ao titular da ação penal⁵⁶³. Cabe aqui uma reorganização dos paradigmas de prevenção *versus* investigação criminal, pois no âmbito da atividade de prevenção-policial ligada à criminalidade organizada, em regra, a atividade de obtenção da notícia do crime é um ato de prevenção que está teleologicamente direcionado a iniciar uma futura investigação criminal e, como tal, deve guiar-se pela lógica processual penal.

Os demais países têm construído a solução desse impasse com o entendimento de que sempre que a suspeita genérica de ocorrência de um crime tenha um mínimo de confirmação de sua verossimilhança, o correto seria o órgão de polícia criminal realizar a comunicação da notícia do crime ao Ministério Público, para a partir daí a atividade de investigação prosseguir com o controle da atividade policial de investigação criminal pelo Ministério Público⁵⁶⁴. De forma correlata no Brasil, a confirmação de uma suspeita de prática de crime deve ensejar a instauração do IP, para que se permita seu controle pelo Ministério Público. Para tal não se exige, por óbvio, a identificação da autoria, mas tão somente a probabilidade de veracidade da notícia de possível fato concreto que configura crime. Há uma obrigatoriedade de

oportunidade, de que maneira, quando e quanto de seu conhecimento será transmitido ao Ministério Público. Para a Polícia, a investigação de certas conexões entre grupos é mais relevante que uma acusação criminal concreta, portanto, eles não irão revelar suas informações prematuramente para uma acusação criminal. Por outro lado, ao Ministério Público é negado acesso direto às informações descobertas pela Polícia ao fundamento de sua atividade de combate preventivo de infrações penais e que são arquivadas em registros de informações internos. Tal restrição de informações pela Polícia é tamanha que o Ministério Público acaba por se tornar um recipiente marginal de informações ao lado (ou melhor, abaixo da) Polícia, e a Polícia se estabelece como a autoridade dominante da persecução penal (*dominant prosecuting authority*)”. Segundo R. Greco, 2012:339, a criação de unidades policiais de inteligência criminal ainda pode trazer o problema adicional de segmentar a informação dentro da própria instituição policial, sendo essencial sua inter-relação com as demais unidades de investigação criminal.

⁵⁶² Lupária, 2009:186.

⁵⁶³ Ambos, 2009:20.

⁵⁶⁴ Em Portugal, é nesse sentido a posição de Mesquita, 2003:126: “A atividade heurística, não tutelada na lei processual penal, de aquisição da notícia do crime apenas se afigura legítima num momento em que ainda não são conhecidos fatos susceptíveis de integrar um crime ou em que ainda não existe notícia do crime”. Na doutrina italiana, Lupária, 2009:186, fala em “concretezza e la specificità del fatto” bem como a “ipoteticità”, esta última consistindo a possibilidade que sejam verdadeira a notícia do crime, ainda que com contornos ainda incompletos e modificáveis, de forma a privilegiar a apuração desses fatos no bojo de um inquérito formal, com todas as suas garantias, e não no âmbito de investigações informais. Ver ainda o “inquérito pró-ativo” na Bélgica, em Cartuyvels, 2011:111.

aproximação do Ministério Público da atuação policial no âmbito da criminalidade organizada para se assegurar a integração necessária à eficiência do sistema⁵⁶⁵.

Em Portugal, essa solução indicada foi acolhida na Lei n. 36/1994 (Lei sobre Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira). Essa lei previu que o Ministério Público e a Polícia Judiciária podem realizar “ações de prevenção” em relação a crimes de corrupção ou ligados à criminalidade económica ou financeira. Essas atividades de investigação devem ser documentadas em procedimentos, não podem ofender “direitos dos cidadãos”, e cabe à Polícia Judiciária um dever de comunicação mensal ao Ministério Público sobre os procedimentos instaurados. Na verdade os “procedimentos de prevenção” são investigações preliminares de sinais de possíveis crimes, e não são acompanhados pelo Ministério Público, que apenas tem conhecimento da instauração do procedimento pela Polícia Judiciária. O art. 3.2 dessa lei estabelece que “logo que a Polícia Judiciária recolha elementos que confirmem a suspeita de crime, é obrigatória a comunicação e denúncia ao Ministério Público”⁵⁶⁶. A articulação dessa coordenação pelo Ministério Público passa pela criação dos Departamentos de Investigação e Acção Penal – DIAPS’s, com competência para a criminalidade grave, inclusive para articulação da respectiva prevenção criminal⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ A documentação da atividade de prevenção tem inclusive o efeito benéfico de dificultar ações de favorecimento da cooptação de agentes policiais pelo crime organizado: aqui, pensamos especialmente nas atividades de prevenção de tráfico de drogas, onde infelizmente no Brasil há casos de policiais que se aliam aos traficantes de drogas para fazerem o transporte ou darem cobertura à ação criminosa, e se flagrados afirmam genericamente que estavam em processo de apreensão das drogas. O exemplo supra também é citado em Walker e Katz, 2008:455 no contexto estadunidense. Sobre o problema da corrupção na atuação policial, ver Lemgruber *et al.*, 2003:41. Recomendando a documentação dos contatos de policiais com seus informantes, ver Lassa, 2001:85.

⁵⁶⁶ Segundo G.M. Silva, 2005:410, essas medidas de investigações pró-ativas são em verdade atividades de prevenção de natureza pré-processual, mas que ainda assim admitem meios restritivos de direitos fundamentais, com quatro requisitos: situações graves, subsidiariedade, legalidade e controle pelas autoridades judiciárias. Veja-se que no fundo se trata de uma investigação conduzida pela Polícia fora do inquérito. Por outro lado, Albuquerque, 2009:647, entende que tais disposições serão apenas constitucionais (no sistema português) se forem interpretadas no sentido de que, sempre que houver uma notícia concreta de prática de infração penal, tal notícia do crime deve ser imediatamente encaminhada ao Ministério Público, para que a atividade de investigação criminal se realize sob o acompanhamento do titular do direito de ação penal (e refere acórdão do TC n. 456/1993 nesse sentido). Em sentido semelhante, defendendo que tais atividades de inteligência para descobrir a prática de um crime é materialmente uma atividade de investigação criminal que deve estar sujeita à disciplina do direito processual penal, ver J. Almeida, 2011:61.

⁵⁶⁷ Sobre os DIAP’s ver Moura, 2009:83-85, Cândida Almeida, 2006 e Simões, 2010. Sobre a aprovação dos DIAP’s, Cândida Almeida, 2006:198, destaca a manifestação da Deputada Odete Santos, para a qual “sem os meios que é justo prever que o DCIAP proporcionará, teremos um Ministério Público completamente desmuniado, apondo assinaturas em volumosos processos, sem poder, de facto, dirigir a investigação criminal [...]”. Propondo uma aproximação física dos membros do Ministério Público no interior dos órgãos de Polícia

Simões propõe três estratégias para a aproximação do Ministério Público para o controle efetivo da atuação policial no âmbito da criminalidade organizada⁵⁶⁸:

- (i) definição das estratégias de investigação, se possível com o consenso da autoridade policial; (ii) respeito pela autonomia técnica e tática, com intervenções apenas quando houver risco de ilicitude probatória; (iii) acompanhamento *pari passu* do desenrolar da investigação, para fiscalização do seu rumo estratégico e da regularidade procedimental, mediante prestações de contas periódicas.

Essa articulação em Portugal teve um agravamento com o advento da Lei Orgânica da Polícia Judiciária (Lei n. 37/2008), que previu em seu art. 4.2 e 4.3 que a Polícia Judiciária pode conduzir atividades de prevenção criminal que acabam por abranger atividades típicas da investigação criminal tradicional, como a identificação de pessoas, vigilância continuada com recurso a interceptações ambientais, interceptações telefônicas, revistas e buscas, nos termos do CPP. Obviamente, essa atividade dita de prevenção criminal constitui mais uma manifestação de investigação pró-ativa, de uma atividade sistemática para tentar confirmar os sinais precoces da possível notícia de crime e, portanto devem ser reconduzidas à mesma lógica: o Ministério Público deve ser comunicado da existência da atividade de prevenção criminal específica e, assim que surgir uma notícia de crime concreta, o Ministério Público deve ser comunicado. No sistema brasileiro, como o encaminhamento da notícia do crime ao Ministério Público se dá através da instauração do IP, deve haver a sua imediata instauração após a individualização de um fato criminoso específico. De qualquer sorte, caso seja necessária a realização de busca domiciliar, interceptação telefônica, interceptação ambiental ou outras medidas restritivas de direitos fundamentais, tais medidas apenas serão possíveis após a instauração de um IP destinado a esclarecer uma possível notícia de crime, e não de atividades preventivas informais.

Um sério ataque à direção do inquérito pelo Ministério Público português ocorreu com o Regime Jurídico das Infrações Fiscais não Aduaneiras (DL n. 20-A/1990, arts. 43 e 44) que previu a possibilidade de instauração de processos de averiguações de infrações à Administração Fiscal ou Segurança Social, sem necessidade de prévia intervenção do Ministério

Judiciária, para exercerem as funções estatutárias de Ministério Público em maior proximidade e não a hierarquia orgânica policial, ver proposta de J. Almeida, 2011:62-63.

⁵⁶⁸ Simões, 2010:333.

Público, e que foi considerado constitucional pelo TC no acórdão 105/2004 (com voto vencido da Conselheira Fernanda Palma)⁵⁶⁹.

Em sentido semelhante, na Itália, a doutrina recomenda que a atividade de prevenção do crime organizado deve desenvolver-se no âmbito de um procedimento formal, que, ainda que não seja propriamente o inquérito, recolhe essas informações; todavia, considera-se na Itália que tais informações extra-inquérito não podem ser utilizadas para subsidiar a futura ação penal, exatamente por não terem sido objeto da supervisão do Ministério Público⁵⁷⁰. Na Alemanha, o Escritório Criminal Federal (BKA) realiza também essa função de centralização da atividade de inteligência sobre o crime organizado de nível federal, indicando um possível ponto de aproximação entre Polícia e Ministério Público⁵⁷¹. O Ministério Público tem importante participação na prevenção criminal também no México e Peru⁵⁷².

Na Argentina, esse problema foi solucionado com a criação de uma “investigação genérica”, cuja abertura é de iniciativa do Procurador-Geral, executada por um Promotor de Justiça, sob fiscalização daquele, com a finalidade de investigar “alguma forma especial de criminalidade ou de fatos que a tornem aconselhável, sempre que não se dirija contra um imputado particular” (CPP federal argentino, art. 236).

Diante desse quadro, parece-nos que o controle das notícias de crime pelo Ministério Público em relação ao crime organizado deve passar por dois requisitos.

⁵⁶⁹ Sobre o tema Ver R. Pereira, 2004:124. No referido acórdão, entendeu-se que a norma do RJIFNA, que prevê a possibilidade de, diante de uma situação de crime tributário, o fiscal instaurar um “processo de averiguação tendente a determinar os elementos constitutivos do crime”, sendo que se lhe presumem delegados os poderes de instrução que o Ministério Público pode delegar aos OPC, não havendo disciplina sobre a comunicação da notícia do crime ao Ministério Público ou mesmo a remessa periódica das diligências para controle do Ministério Público (já que o art. 45 desse diploma prevê a comunicação ao Ministério Público apenas ao término do processo). O problema da decisão é que ela põe em causa se a direção do inquérito penal pelo Ministério Público é uma decorrência necessária da CRP, e admite implicitamente que a instauração do inquérito se dê por decisão do órgão administrativo. Nesse sentido, o voto vencido da Conselheira Fernanda Palma afirmou: “A generalização do regime em crise levaria, na prática, a um esvaziamento das funções constitucionais do Ministério Público, remetendo-o para um papel fraco de poder de controlo *a posteriori* através, nomeadamente, do arquivamento ou do exercício de acção penal, nos termos do qual o poder específico de determinar uma compressão dos direitos à privacidade dos cidadãos através do inquérito passaria directamente, através da lei, para a Administração.” Acórdão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040105.html>, acesso em 13 set. 2010.

⁵⁷⁰ Lupária, 2009:184.

⁵⁷¹ Roxin, 2000:72. Já Ambos, 2009:24, indica que a subordinação de determinadas medidas mais intrusivas de direitos à prévia autorização pelo Ministério Público ou por juiz é uma forma acessória de se reconduzir esses procedimentos à metodologia de controle tradicional.

⁵⁷² Santin, 2007:227, argumentando a necessidade de maior participação do Ministério Público brasileiro nas atividades de prevenção criminal.

O primeiro é permitir ao Ministério Público ter acesso às atividades de prevenção criminal, mas que são essencialmente pré-investigações (ou recolhimento de informações tendentes à verificação da prática de um possível fato criminoso). Nesse sentido, Dá Mesquita ressalva a essencialidade de haver a “possibilidade de escrutínio de atividade de repressão criminal não comunicada, mas também de metodologias e políticas de reação a notícias de crime”⁵⁷³. Esse acesso é especialmente importante para evitar que a Polícia eventualmente privilegie a apuração dos crimes de maior visibilidade social (os de rua) e deixe a segundo plano os “crimes sem vítimas”, gerando uma potencial área de imunização para os mesmos⁵⁷⁴. Assim, deve haver uma sistematização da análise desses procedimentos de averiguação preliminar realizados pela Polícia para assegurar sua legalidade, bem como assegurar que, assim que haja uma individualização mínima da materialidade, a investigação prossiga no foro adequado sob a etiqueta formal de investigação criminal (com todas as garantias inerentes).

Essa perspectiva também impõe certa aproximação do Ministério Público com as atividades ditas de prevenção da criminalidade organizada. Ainda quanto a esse ponto, no sistema português existe a previsão de o Ministério Público promover e realizar ações de prevenção criminal (Lei n. 47/1986, art. 3º, alínea “i” – Lei de Autonomia do Ministério Público). Assim, a inclusão do Ministério Público em atividades antes tipicamente policiais revela-se no fato de muitas ações de prevenções serem materialmente os atos de investigação, em relação à criminalidade organizada, para a qual “a descoberta do crime é uma consequência de uma

⁵⁷³ Mesquita, 2005:66. No mesmo sentido, ver a posição de Roxin, 2007:37-38, comentando em relação ao controle do Ministério Público sobre a investigação policial: “Assim, o Ministério Público deveria ter acesso diretamente aos dados armazenados na Polícia em todas as causas penais relevantes. Lillie enfatiza com razão: ‘apenas dessa forma o Ministério Público ser colocará na posição de desenhar estratégias próprias de persecução penal e de acompanhar o trabalho da polícia nesse âmbito de maneira crítica, como também de corrigir desenvolvimentos falhos através de instruções corretas’. Finalmente, [...] deve-se obrigar a Polícia a dar informação imediata de cada denúncia e de cada procedimento iniciado; igualmente, seria desejável que uma parte importante da investigação se acompanyasse de um informe obrigatório e com as circunstâncias atuais de transmissão de dados seria perfeitamente factível”.

⁵⁷⁴ Destacando a necessidade de controle pelo Ministério Público para evitar essa área de imunização, Lemos Jr., 2005:184, indicando especialmente que nesses crimes há uma especial tendência de que o Ministério Público tenha um papel mais ativo na condução da investigação, com a consequente necessidade de especialização sua para atuar na área. Ver ainda Ambos, 2009:26, afirmando que o Ministério Público “deve ter um acesso ilimitado ao conjunto de informações policiais”, acrescentando que a intervenção do Ministério Público nessa fase “é exigível não apenas por razões de eficácia, pois incrementa a qualidade (jurídica) dos resultados da investigação e, sendo o caso de se formular acusação, eleva a probabilidade de uma condenação”. Especificamente no Brasil, sobre a possibilidade de o Ministério Público ter acesso aos relatórios de inteligência criminal, ver: Brasil, MPF, 2012:114-117.

estratégia concertada de prevenção criminal”⁵⁷⁵. Uma forma de exercício dessa participação na política criminal tem sido a participação facultativa do Procurador-Geral da República português no Conselho Coordenador dos OPC’s, que possui competência para a articulação dos OPC’s e para incrementar suas metodologias de trabalho (sem prejuízo da autonomia do Ministério Público nessa seara), conforme art. 13.5 e 14.1 da Lei n. 49/2008 (Lei de Organização da Investigação Criminal)⁵⁷⁶. Ambos chega a defender que, no âmbito da investigação preventiva sobre o crime organizado, o Ministério Público deve sofrer uma reformulação para ter maiores condições de investigação direta⁵⁷⁷.

O segundo requisito essencial para permitir que a investigação do crime organizado ocorra sob o manto da legalidade é que se admita uma substancial diminuição qualitativa do requisito de “indícios” do crime para admitir-se a instauração do inquérito. Um hiperdimensionamento do que seria um indício do crime necessário para instaurar um inquérito iria acabar por inviabilizar a instauração do inquérito e fomentar o desenvolvimento de atividades policiais de inteligência que materialmente estariam a realizar uma investigação criminal, mas despidas de qualquer controle pelo Ministério Público e mesmo sem as garantias asseguradas à defesa (como, v.g., o direito de vista dos autos para eventual impugnação de arbitrariedade ou os demais direitos inerentes à condição de investigado).

Obviamente, o controle processual pelo Ministério Público da investigação dessa nova modalidade de criminalidade exige uma nova arquitetura, já que há o sério risco de se confundir atividades de inteligência com atividades de investigação. Ainda assim, consideramos que a investigação do crime organizado não pode ser realizada fora do âmbito da documentação formal do inquérito, admitindo-se tão somente uma relativização do nível de certeza necessário para a instauração inicial do procedimento de investigação. Essa relativização seria uma necessidade de garantia contra investigações criminais sem controle⁵⁷⁸. Se for inevitável que haja

⁵⁷⁵ J.M.D. Cunha, 1993:154, que também acentua a ligação entre competência de participar da atividade de prevenção e a descoberta dos referidos crimes.

⁵⁷⁶ Defendendo a necessidade de regulamentar essa participação do Ministério Público na política criminal: R. Pereira, 2004:129. Ainda que, como lembra Canotilho, 2003:685, embora essa participação se possa considerar como um “corolário lógico” de suas competências constitucionais, “não deixa de criar algumas zonas de incerteza nas relações entre o executivo e o judiciário”.

⁵⁷⁷ Ambos, 2009:27.

⁵⁷⁸ Em verdade é possível localizar um paralelo com as situações de investigação de desaparecimento de pessoas e com a localização de cadáveres. Nessas situações, num primeiro momento, a investigação será realizada para esclarecer se a situação aparentemente duvidosa configura ou não um crime, portanto, uma atividade investigativa

um monitoramento mínimo dos “sinais invisíveis” em algumas áreas específicas para poder detectar o crime organizado, então que ao menos essa atividade seja realizada no âmbito de um inquérito formal. Assim, por não comportarem exceção à regra da investigação mediante inquérito, não iriam fugir à regra do controle pelo Ministério Público.

3.3.5 *Titularidade para decidir sobre a presença de justa causa para instaurar inquérito em casos difíceis*

Da análise das subseções anteriores, verificou-se que existem situações em que há uma dificuldade para identificar a fiabilidade da notícia inicial do crime para justificar a instauração do inquérito policial. Em síntese, essas situações são a dúvida sobre a tipicidade do fato, a dúvida sobre a presença de sinais mínimos da existência do fato criminoso (aqui englobadas as situações de denúncias anônimas e das investigações pró-ativas da criminalidade organizada), e as dúvidas sobre pré-requisitos jurídicos necessários à instauração da investigação (como as condições de procedibilidade, o *ne bis in idem* etc.). Existem situações em que esses requisitos claramente não estão presentes, mas há outras em que isso não é tão claro. Quem possui a competência de decidir?

Quanto a esse tema, cremos que melhor andou o sistema português ao atribuir a titularidade da instauração do inquérito ao Ministério Público e esclarecendo que mesmo as notícias manifestamente infundadas devem ser encaminhadas ao Ministério Público (art. 248.2 do CPP português). Com efeito, se o Ministério Público é o titular da ação penal, é ele quem deve decidir se há justa causa para prosseguir na investigação. Se lhe fosse liminarmente negada a possibilidade de recolher as informações, não seria efetivamente *dominus litis* da ação penal. O juízo sobre a tipicidade ou não da infração penal, a presença ou não dos sinais mínimos que justifiquem a abertura de uma investigação criminal, ou a presença de outros requisitos de justa

destinada a esclarecer a própria materialidade do crime. Se o esclarecimento for meramente superficial e sem intrusões (v.g., sem intimações coercitivas), é razoável admitir que tal atividade seja realizada no âmbito de uma averiguação preliminar. Todavia, se esse esclarecimento exigir uma atividade mais dilatada, que seja propriamente uma investigação, então será inevitável que tal atividade se desenvolva no âmbito de um inquérito formal, com todas as garantias daí decorrentes. Nessa medida, a investigação nessas duas situações se aproxima da lógica da investigação do crime organizado (uma investigação destinada primariamente a esclarecer a própria existência ou não do crime). Sobre a necessidade de se realizar a investigação dos casos de desaparecimento de pessoas e localização de cadáver no âmbito da investigação criminal tradicional, com obrigatória comunicação ao Ministério Público nessas situações para possibilitar sua fiscalização, ver o art. 74 e 74-1 do CPP francês; segundo Bouloc, 2010:416, tratam-se de casos de investigações criminais assimiláveis a situações de flagrante delito.

causa para se dar início a uma investigação devem ser efetuados por quem é o titular do direito em discussão. Se uma autoridade policial deixa de dar início a uma investigação porque, a seu juízo, a conduta controvertida é atípica ou porque a informação não é verídica, ou porque acredita que em uma situação de dúvida o suspeito já foi absolvido pelo mesmo fato, porque entende que o crime necessita de autorização da vítima (quando não necessita) ou ainda que está extinta a sua punibilidade (o que importa em um juízo jurídico de tipificação da conduta e cálculo da prescrição), estar-se-ia delegando à autoridade policial o julgamento sobre o efetivo exercício do direito de ação⁵⁷⁹.

Apesar de os OPC's deterem autonomia técnica e tática, a competência para a decisão sobre a conveniência das diligências a serem executadas e sobre a interpretação da lei pertence ao Ministério Público. O executor da política criminal democraticamente estabelecida, com eventual aplicação de mecanismos alternativos de diversão (ou diversificação) da solução penal, é o Ministério Público português⁵⁸⁰. Portanto, esse problema não se coloca no sistema português no plano da regulamentação legal⁵⁸¹.

No sistema brasileiro, como é o delegado de polícia a instaurar o IP e o Ministério Público só toma conhecimento da comunicação do crime após a sua instauração, materialmente a autoridade policial decide sobre o objeto de trabalho do Ministério Público, sobre o que ele vai ou não trabalhar⁵⁸². O que é pior, as hipóteses de não instauração de investigações ficam sem qualquer espécie de controle por parte do titular da ação penal. Não se sabe sequer se a investigação não foi instaurada porque houve efetivamente um juízo crítico de apreciação da ausência de justa causa e se esse juízo estava correto, ou se não ocorreu a

⁵⁷⁹ Apontando os riscos concretos de fracasso da investigação de se delegar à autoridade policial a análise sobre a necessidade de autorização da vítima para o processamento, deixando de ter uma pronta atuação no momento do crime: J.M.D. Cunha, 1993:216.

⁵⁸⁰ Sobre os mecanismos através dos quais o Ministério Público português executa essa política criminal, selecionando os casos que não serão submetidos a julgamento (arquivamento em caso de dispensa de pena), que receberão solução processual consensual (suspensão provisória do processo) ou um rito diferenciado (processo sumaríssimo ou abreviado), ver especialmente a Lei n. 51/2007. Sobre o tema, ver Pinto de Albuquerque, 2009:154-157. Sobre uma visão dos diversos procedimentos de realização da política criminal no processo penal, com a diversificação processual da resposta penal, no direito comparado, ver Fernandes, 2001. Interessante observar desse último trabalho que nenhuma das medidas de diversão processual realiza-se no âmbito policial.

⁵⁸¹ Ainda existe a possibilidade de, apesar do regramento legal, os OPC's exercerem esse juízo (*contra legem*) e não comunicarem o Ministério Público. Mas aqui já não há conflito jurídico, pois a lei já coloca essa situação na ilegalidade. Há um ato ilícito, que demandaria atividades de fiscalização pelo Ministério Público para ser evitado.

⁵⁸² Castilho, 1999, afirma que se não fosse reconhecido o poder de investigação do Ministério Público a Polícia se tornaria verdadeira *dominus litis* do processo penal.

instauração por mera ausência de linha de investigação (apesar de presente a justa causa para iniciar uma investigação), se houve insuficiência de mão de obra para dar continuidade a uma investigação com linha de esclarecimento, ou se houve eventualmente pura omissão. Como a lei não regulamenta o procedimento da “averiguação de procedência das informações”, não se exige que haja uma decisão formal do delegado de polícia sobre a não instauração do IP, nem haverá uma documentação de quais atos foram ou não praticados para o esclarecimento preliminar da notícia do crime. Como não há controle, não há qualquer *accountability* sobre esse procedimento, se a vítima ou o Ministério Público desejarem esclarecer o que ocorreu não haverá nada documentando esse procedimento.

O problema então consiste em esclarecer quem tem a atribuição para decidir, no sistema brasileiro, sobre a presença ou não das hipóteses de justa causa para instaurar-se o IP nos *hard cases*. Parece-nos claro que se o Ministério Público é o titular da ação penal, apenas ele pode decidir se, em um caso difícil, a investigação deveria ou não prosseguir. Assim, se o Ministério Público entende que a conduta é típica, ainda que o delegado tenha dúvidas sobre a tipicidade, o correto seria a investigação ser iniciada, permitindo-se ao investigado, se for o caso, impugnar eventual arbitrariedade que entenda estar sendo praticada através dos meios de impugnação disponíveis à defesa (no caso, *habeas corpus*); nessa situação, a autoridade coatora seria o membro do Ministério Público, não o delegado de polícia. Da mesma forma, se o Ministério Público entende que há indícios da prática do crime (possibilidade minimamente respaldada) e o delegado entende que não estão presentes os indícios, o correto seria iniciar-se a investigação para confirmar se estão ou não presentes os indícios da prática do fato criminoso, para então, confirmando-se sua ausência, arquivar-se a investigação. Obviamente esse conflito apenas poderia existir se houvesse a prévia comunicação ao membro do Ministério Público quanto ao recebimento de uma notícia de crime e a decisão do delegado de polícia considerando-a manifestamente infundada e não justificadora da instauração de um IP, bem como o controle das diligências preliminares conduzidas para o esclarecimento.

Ainda sobre essa questão, cumpriria discutir quem detém a atribuição de decidir sobre a presença ou não de uma dúvida. Parece-nos que sempre que estiver claramente delineada a ausência de uma justa causa, a autoridade policial poderá decidir sobre a não realização do auto de comunicação (em Portugal) ou a não instauração do IP (no Brasil). Imagine-se a situação de

uma pessoa procurar o posto policial para informar que seu vizinho está mantendo relações sexuais consentidas com a própria irmã, ambos maiores de idade. A atipicidade flagrante do incesto desobrigaria a autoridade policial de comunicar o fato ao Ministério Público, pois não se trata de notícia de crime. Mas se houver um mínimo de dúvidas sobre a situação fática ou jurídica, o correto seria a Polícia levar a questão ao conhecimento do Ministério Público, para que esse possa tomar sua decisão sobre a instauração da investigação (diretamente em Portugal ou mediante requisição no Brasil). Em verdade, no sistema brasileiro, o delegado de polícia deveria exarar um despacho entendendo pela não instauração de IP e submeter esse expediente à apreciação do Ministério Público. Assim, poderíamos generalizar que, em termos de comunicação do crime ao Ministério Público, vigeria o princípio *in dubio pro delatio ut dominus litis*.

Imaginemos uma situação em que a Polícia toma conhecimento de um furto de pequeno valor; o delegado de polícia poderia entender *prima facie* que se trataria de fato atípico e que, portanto, não deveria ser instaurado o IP. Entendemos que, se a situação for flagrantemente atípica (furto de um lápis), estaria justificada a não instauração do IP, mas se houvesse espaço para um mínimo de dúvidas (furto de uma bicicleta velha e estragada), o correto seria a instauração do procedimento para que o titular do direito de ação se manifestasse⁵⁸³. Em Portugal, o problema já está parcialmente resolvido no art. 248.2 do CPP, que prevê que mesmo as comunicações manifestamente infundadas recebidas pelos OPC's devem ser repassadas ao Ministério Público. Mas esse dispositivo não soluciona as situações em que a Polícia adquire notícia do crime por conhecimento próprio (sem uma delação formal de terceiro). Ainda nessa situação, cremos que o princípio que informa a lógica do dispositivo deve ser aplicado, dando-se preferência à comunicação ao Ministério Público se houver a mínima possibilidade de dúvida sobre a situação.

No Brasil, cremos que sempre que o delegado de polícia se deparar com uma situação que é aparentemente criminosa, mas que no seu entender deveria ser considerada atípica, ele deveria comunicar o Ministério Público quanto à sua decisão de não instaurar o IP. Apenas assim se daria transparência ao procedimento, não apenas ao Ministério Público, mas também à

⁵⁸³ Argumentando que o delegado de polícia não pode aplicar o princípio da insignificância, ele seria de aplicação exclusiva pelo titular da ação penal, o Ministério Público: R. Greco, 2012:301.

vítima (veja-se que há uma tendência doutrinária no Brasil defendendo a necessidade de se comunicar a vítima das decisões de arquivamento de IP⁵⁸⁴). Para uma melhor solução do problema, seria conveniente que essas situações de possíveis dúvidas fossem progressivamente sanadas mediante instruções gerais do Ministério Público aos OPC's, que esclarecessem a posição institucional do Ministério Público relativa a determinadas posições de política criminal sobre a atipicidade manifesta de condutas.

Esse procedimento teria a vantagem de documentar as diligências realizadas para tentar esclarecer os fatos, com uma apreciação formal sobre o arquivamento (inclusive, no sistema brasileiro, com a vedação de reabertura das investigações sem novas provas, conforme o art. 18 do CPP brasileiro), tudo com a transparência do devido processo legal. E o Ministério Público fiscalizaria efetivamente se as diligências de investigação tendentes ao esclarecimento dos fatos foram ou não realizadas de forma correta. Assim, o Ministério Público, como o titular dos interesses coletivos na tutela penal, não teria subtraída a possibilidade de exercer seu direito de ação penal, fiscalizando efetivamente a investigação, e se asseguraria a legalidade da investigação criminal, evitando-se eventuais arbitrariedades.

3.3.6 A admissibilidade e limite dos procedimentos policiais de averiguação preliminar

3.3.6.1 Situações residuais de admissibilidade das averiguações preliminares

Como visto anteriormente, sempre que houver uma possibilidade minimamente respaldada de verossimilhança da notícia do crime, deve haver a instauração do inquérito.

Resta resolver a situação de efetivamente ainda não se estar diante de uma “possibilidade minimamente respaldada” que justifique a instauração de um inquérito. Imagine-se a situação da delação apócrifa (denúncia anônima), que claramente não justifica a instauração de imediato de um inquérito, de uma pessoa informar que “acha que viu” uma situação aparentemente criminosa, mas não possuir certeza, dos boatos do tipo “ouvi dizer”. Ou ainda do caso da investigação do crime organizado em geral, no qual a eventual descoberta do fato em si é a principal atividade de investigação (gerando as chamadas investigações pró-ativas).

⁵⁸⁴ O atual art. 210 do CPP ainda não prevê essa obrigatoriedade (pois fala em “processo” e o IP ainda não é processo – no Brasil), mas o projeto de Novo CPP já contém essa disposição.

Desde já se repise que a situação em relação à qual se discute a possibilidade de realização das averiguações preliminares é absolutamente residual: situações de dúvidas sérias em relação à própria existência do crime. Ultrapassado esse limite, havendo uma possibilidade minimamente respaldada da existência do crime, o correto é o prosseguimento das investigações em sede de inquérito.

Diante de uma situação de dúvida séria sobre a própria materialidade do crime, poderiam ser levantadas três hipóteses de solução: a dúvida não se investiga, a dúvida se investiga sempre mediante inquérito, ou admite-se a realização de uma averiguação preliminar para corroborar as informações duvidosas para então se permitir a instauração do inquérito.

A hipótese de não investigação da comunicação duvidosa não pode ser admitida. Ela coloca em cheque a própria função de segurança pública do Estado, impossibilitando o esclarecimento de situações em que aparentemente tenha ocorrido um delito. Seria uma solução autista de ignorar a realidade em nome de um megagarantismo. Essa solução viola o dever de proteção que o Estado tem sobre os direitos fundamentais de seus cidadãos, de ser minimamente eficiente na responsabilização dos delitos. Assim, quando informações de possíveis delitos chegam ao conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público, deve-se necessariamente esclarecer se eles ocorreram ou não, não sendo admissível que sejam liminarmente desprezadas⁵⁸⁵.

Assim, a questão central é se esse esclarecimento das dúvidas sobre a comunicação de um crime deveria ser realizado sempre no bojo de um inquérito, com todas as garantias que lhe são inerentes, ou se seria admissível que se realizasse fora do inquérito, em um procedimento preliminar⁵⁸⁶. A vantagem de se realizar os esclarecimentos preliminares sempre dentro de um inquérito seria a de submeter sempre o procedimento da investigação ao controle formal do inquérito, com a documentação das diligências realizadas, com a posterior fiscalização pelo Ministério Público, bem como o de evitar a duplicação desnecessária de procedimentos (um

⁵⁸⁵ Essa é a conclusão de Marques da Silva (2009:58): “De modo semelhante quando a notícia é transmitida anonimamente ao Ministério Público. Essa notícia pode não lhe merecer qualquer credibilidade, mas pode também suceder que em razão das características da notícia, ainda que anônima, *se justifique uma atividade preliminar do processo, ainda que de natureza policial*, no sentido de apurar a eventual existência de indícios” (grifo nosso).

preliminar e outro principal). A realização da investigação fora do inquérito traria, portanto, os inconvenientes de se realizarem fora do crivo do controle formal do inquérito, sem documentação dos atos de investigação e sem controle pelo Ministério Público, tudo a potencializar as hipóteses de desvios, já que todo poder sem controles tende ao desvio⁵⁸⁷. Por outro lado, a investigação sempre mediante inquérito teria o sério inconveniente de permitir que se instaurassem investigações em situações de sérias dúvidas sobre a própria existência do crime, com possíveis efeitos danosos aos direitos fundamentais do eventual investigado, além do efeito de multiplicação da insegurança diante da possibilidade de investigações a partir de denúncias anônimas. Nessa perspectiva, as averiguações preliminares evitariam a estigmatização decorrente da investigação mediante inquérito⁵⁸⁸.

O problema da eventual ausência de controle sobre a atividade de investigação preliminar violaria tanto o direito fundamental da vítima a uma apuração efetiva e transparente, como também viola a titularidade do Ministério Público da ação penal pública.

Em nossa visão, seria muito mais garantista que as investigações fossem realizadas sempre no bojo do inquérito, mas sem indiciamento do suspeito, de forma a preservar a privacidade e presunção de inocência do envolvido, mas assegurando-se o efetivo controle da atividade pelo Ministério Público, com todas as garantias inerentes à investigação criminal formal⁵⁸⁹. Mas, como visto anteriormente, a jurisprudência brasileira admite expressamente o procedimento de averiguação preliminar para as situações de denúncia anônima. Portanto, não se trata mais de discutir a admissibilidade da averiguação preliminar, mas de estabelecer seus limites, procedimento e mecanismos de controle.

⁵⁸⁶ Esses expedientes têm sido largamente utilizados pelas Polícias, com diversas nomenclaturas: procedimento de averiguação preliminar, procedimento administrativo preparatório, procedimento de verificação de notícia de infração (PF).

⁵⁸⁷ Segundo Canotilho, 2003:669, seria inadmissível a realização de procedimentos administrativos prévios em matéria criminal, pois aqui haveria um “monopólio da primeira palavra” por autoridade judiciária, que no caso é o Ministério Público. No mesmo sentido: Mesquita, 2003:133 e 2005:59. Segundo Figueiredo Dias, 1988:7, a existência de fases “pré- ou extraprocessuais” são logicamente contraditórias, por serem um gasto inútil de tempo e esforços, tornando-se especialmente vulneráveis a abusos resultantes de “burlas de etiquetas” (Figueiredo Dias está a referir-se especificamente ao inquérito policial, dirigido diretamente pela Polícia sem a supervisão do Ministério Público).

⁵⁸⁸ Ser objeto de uma investigação em inquérito já constitui uma *capitis diminutio*, ante a condenação social (que ignora o princípio da presunção de inocência). Nessa perspectiva, quando um fato é objeto de averiguação preliminar (e não inquérito), haveria uma (suposta) lesão aos direitos do suspeito (ainda que menos incisiva que a decorrente do IP).

3.3.6.2 Limites e procedimento das averiguações preliminares

O problema das averiguações preliminares deve ser resolvido com o recurso simultâneo a dois entendimentos: os requisitos qualitativos para instauração do inquérito não devem ser expandidos, ao contrário, deve-se admitir que a “possibilidade minimamente respaldada” seja reconhecida quando a suspeita de verossimilhança de uma informação duvidosa de terceiro (ou anônima) seja minimamente respaldada pelas diligências *ex officio* realizadas pelas autoridades policiais. E o reconhecimento de que os limites investigativos das averiguações preliminares são os mesmos das atividades rotineiras de segurança pública das atividades policiais.

Quanto ao primeiro ponto, sobre os limites cognitivos da averiguação preliminar, deve se entender que assim que houver uma confirmação mínima de procedência da notícia do crime, deve se dar preferência à condução da investigação mediante inquérito do que mediante procedimentos preliminares informais⁵⁹⁰. Por exemplo, se uma pessoa se dirige à esquadra ou delegacia informando que há comentários genéricos na vizinhança de que um determinado vizinho seria um traficante de drogas (apesar de o comunicante ele mesmo nunca ter visto nada), cumpre às autoridades policiais realizarem averiguações preliminares para confirmar um mínimo de veracidade dessas informações, mediante ronda no local para perceber movimentos suspeitos de entrada e saída constante de pessoas, entrega de pacotes, *etc.*⁵⁹¹ A partir do relatório policial documentando essa situação, dando plausibilidade a uma notícia genérica, será admissível a instauração do inquérito. Não deveria a autoridade policial exceder-se na realização de outras diligências de investigação após já estar minimamente documentada a efetiva possibilidade de ter ocorrido (ou estar ocorrendo) o crime. A redução dos requisitos qualitativos para a instauração do inquérito acaba sendo uma medida de garantia contra investigações sem controle, fora do devido processo legal da documentação formal do IP.

⁵⁸⁹ No mesmo sentido, defendendo um conceito não rígido de *nottitia criminis* que privilegie a investigação dentro do inquérito: Lupária, 2009:187.

⁵⁹⁰ Nesse sentido, argumentando a ilegalidade de pré-inquéritos quando há uma notícia de crime, ver Mesquita, 2003:125. No Brasil, na mesma linha, argumentando que quando uma pessoa se identifica e fornece a notícia do crime, já deve haver instauração do IP: Jardim, 2005:195.

⁵⁹¹ A solução apresentada seria para o sistema brasileiro. No sistema português, se a notícia do crime foi formalmente apresentada, cumpriria à Polícia encaminhar a notícia da denúncia (do conhecimento de rumores públicos) ao Ministério Público, cf. art. 248.2 do CPP, para que este decida sobre a realização das diligências preliminares referidas. Obviamente, esse seria uma situação mais teórica que prática, pois dificilmente alguma faria uma

O segundo ponto é relativo aos limites das diligências possíveis de serem realizadas em uma averiguação preliminar. Por não se tratar de uma investigação formal propriamente dita, não é possível que as diligências que dependem da instauração de um inquérito sejam realizadas fora dele. Assim, parece-nos inadmissível a intimação de testemunhas para deporem, pois se a testemunha se recusasse a comparecer não poderia ser responsabilizada por tal fato nem seria admissível a condução coercitiva, já que não se está diante de um procedimento formal de investigação. No máximo, a Polícia poderia conversar informalmente com possíveis testemunhas sobre os fatos, mas ainda assim deveria ficar claro a essas pessoas que não se trata a rigor de um procedimento de colheita de depoimentos. A Polícia apenas pode realizar em sede de procedimento de averiguações preliminares aquilo que ela poderia realizar ordinariamente sem a instauração de inquérito, ou seja, atividades rotineiras de segurança pública. Da mesma forma, é inadmissível a realização de apreensões de objetos ou a realização de perícias, pois todas elas comportam restrições de direitos. A impossibilidade de realização de atividades constritivas de direitos no âmbito de pré-investigações decorre da própria informalidade dessas, que não são formalizadas e, portanto, não são submetidas ao sistema de controle posterior pelo Ministério Público⁵⁹². Nessa perspectiva, as denúncias anônimas seriam relevantes apenas para direcionar a atividade de prevenção para áreas que a Polícia poderia ir independentemente delas. A averiguação preliminar acaba sendo um meio termo entre a atividade de inteligência e a investigação: é uma atividade de inteligência que pretende se tornar uma futura investigação. Mas por ainda não ser a investigação, está limitada nas possibilidades ordinárias de atividades de mera inteligência.

O produto da averiguação preliminar seria um relatório documentando o resultado das diligências realizadas e as informações obtidas pelo conhecimento direto da Polícia. Com fundamento nessas informações diretas constantes do relatório, agora sim uma fonte fiável,

denúncia dessas por escrito (o usual é que sejam repassadas como uma notícia informal, pois normalmente as pessoas não desejam se responsabilizar em casos de tráfico de drogas).

⁵⁹² Nesse sentido, quanto ao sistema italiano, Lupária, 2009:183, afirma que as pré-investigações não precisam ser formalizadas, mas também não podem constituir em qualquer ato de exercício de autoridade com constrição de direitos, limitando-se, portanto, a que a Polícia faça aquilo que os demais particulares também podem fazer. No Brasil, Jardim, 2005:195, argumenta que esses atos devem se limitar a averiguações informais, sem caráter construtivo, não sendo admissível intimações de testemunhas com coerção. Também indica (*loc. cit.*) portaria do delegado-geral de polícia de São Paulo que proibiu a realização de sindicâncias preliminares em São Paulo em 1983, determinando que houvesse imediata instauração de inquérito nessas situações. Em sentido semelhante, sobre a impossibilidade de realização de perícias e apreensões, ver Brasil, MPF, 2012:121.

seria possível a instauração ou não do inquérito, no Brasil mediante despacho da autoridade policial, a ser sindicado posteriormente pelo Ministério Público.

Outro problema não usualmente abordado é sobre o limite temporal de realização das averiguações preliminares. Os interesses em jogo aqui são tanto o problema do desenvolvimento de longas atividades de investigação fora do quadro do controle pelo Ministério Público, bem como o direito da vítima a ter uma resposta formal sobre o destino de sua *delatio criminis*. O ideal seria que tais averiguações se limitassem à verificação imediata dos fatos. Em qualquer situação, é inadmissível que um procedimento de verificação preliminar tenha duração mais dilatada que a legalmente prevista para o próprio IP, sob pena de ocorrer verdadeira inversão de valores⁵⁹³. Caso o particular formule um requerimento de obtenção de informação sobre as providências adotadas pela Polícia quanto à *notitia criminis*, o art. 11, §§ 2º e 3º, da Lei n. 12.527/2011, aplicável em generalidade às instituições públicas e, portanto, também aplicável à espécie, estabelece que a Polícia deverá num prazo de 20 dias (prorrogável por mais 10 dias) informar sobre as providências adotadas quanto ao requerimento.

3.3.7 Operacionalização do controle pelo Ministério Público das notícias de crimes encaminhadas à Polícia

Surge mais uma questão relevante para ser analisada: como assegurar que haja efetividade de controle das ocorrências que não geram instauração de inquérito por parte do Ministério Público no sistema brasileiro? Parece-nos que há duas soluções, uma *de lege ferenda* e outra *de lege lata*. Como proposta de alteração legislativa, parece-nos muito mais adequado a aproximação com o paradigma do sistema português, pelo qual a decisão de instauração do inquérito pertence ao Ministério Público. Com efeito, o domínio do inquérito pelo Ministério Público é consequência lógica da titularidade da ação penal, sendo o sistema mais evoluído em termos de eficiência da atividade investigativa. Permite o maior controle não apenas do ato de instauração, mas do desenvolvimento de toda a atividade investigativa, evitando que haja disposição do futuro direito de ação por terceiros que não o Ministério Público.

Ainda que não houvesse efetivamente a alteração da titularidade para instaurar o inquérito, deveria haver a alteração legislativa para estabelecer que: (1) a instauração do IP pela

autoridade policial, havendo justa causa, deve ocorrer imediatamente após o registro da ocorrência; (2) deve haver comunicação imediata ao Ministério Público, para que se possibilite uma eventual intervenção na fase inicial⁵⁹⁴.

A outra solução, *de lege lata*, seria um “arremedo” diante da deficiência da regulamentação legal. Com efeito, ainda que a legislação infraconstitucional não proporcione solução a todas as situações problemáticas concretas, os princípios constitucionais permitem extrair qual é a melhor solução para o caso concreto. No caso em estudo existem várias normas constitucionais que estão imbricadas e devem ser levadas em consideração para a solução do problema, como o princípio acusatório, a titularidade da ação penal pelo Ministério Público (CRFB/1998, art. 129, I), a garantia de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público (inciso VII), o princípio da eficiência e legalidade da administração pública (CRFB/1998, art. 37, *caput*), e, de forma mais genérica, a vedação de arbitrariedades (decorrente do sistema de direitos fundamentais que se fundamenta sobre a dignidade da pessoa humana como unidade de valor do sistema) e a vedação de procedimentos administrativos sem controle (extraível do sistema de *checks and balances* decorrente da repartição de poderes e da legalidade em si). No nível infraconstitucional, a LC n. 75/1993 prevê em seu art. 3º, “c” e “d”, que o controle externo da atividade policial deve ser exercido para prevenir e corrigir ilegalidades e abuso de poder, bem como com a finalidade de assegurar a indisponibilidade da ação penal, e para tanto o art. 9º, II, estabelece que, nesse exercício do controle externo da atividade policial, o Ministério Público poderá “ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial”. Todo esse conjunto de normas permite delinear a conclusão clara de que o Ministério Público deve necessariamente realizar o controle de todas as ocorrências policiais que não geram instauração de IPs.

A operacionalização da solução para esse problema passa por três etapas: (1) o MP deve recomendar às autoridades policiais que venham a abolir a generalização do sistema de sindicâncias preliminares ao inquérito quando já há uma notícia confirmada da materialidade do fato, para que toda notícia de crime minimamente respaldada já permita a instauração de um IP,

⁵⁹³ Nesse sentido: Brasil, MPF, 2012:121.

⁵⁹⁴ Feita a comunicação inicial ao Ministério Público, até aceitamos que fosse recomendável que o prazo de conclusão do IP fosse mais dilatado (hoje são em regra de 30 dias), desde que as diligências obtidas pela Polícia

incluindo-o no sistema de controle previsto na lei; (2) deve-se exigir que toda ocorrência que não gere imediatamente a instauração de um IP (por algum motivo), seja obrigatoriamente comunicada ao Ministério Público, para a fiscalização das razões da não investigação; e (3) todos os procedimentos de averiguação preliminar, sempre residuais às situações de dúvidas concretas sobre a possibilidade minimamente respaldada de verossimilhança da notícia sobre a materialidade do fato, devem necessariamente ser objeto de controle pelo Ministério Público, aplicando-se por analogia o sistema de controle do IP.

Como já ficou antes assentado, se há respaldo mínimo da existência do fato, é obrigatória a instauração do inquérito. Essa comunicação seria apenas para a hipótese de não investigação quando o delegado de polícia entende que não há justa causa para a instauração do inquérito (atipicidade, ausência de requisitos de procedibilidade e outros), ou quando o Delegado informa que o caso está em averiguação preliminar para confirmar a veracidade mínima dos fatos (situações de dúvidas). As denúncias anônimas e as investigações preliminares em casos de crime organizado devem ser equiparadas às notícias de crimes, sendo devidamente registradas e submetidas ao controle pelo Ministério Público.

Quanto às averiguações preliminares, ainda que não se trate propriamente de um inquérito instaurado, deve aplicar-se por analogia os mesmos instrumentos de controle da atividade policial previstos ao Ministério Público na hipótese de inquérito. Assim, o registro da notícia e a ordem de realização da averiguação preliminar deve ser comunicada ao Ministério Público, que, inclusive, deverá fiscalizar o prazo de conclusão dessas diligências preliminares. Após o relatório das atividades preliminares, entendendo o Delegado que não há indícios mínimos para justificar a instauração do inquérito, proferiria um despacho formal nesse sentido que seria comunicado ao Ministério Público, para fiscalização da sua legalidade, sendo possível que o membro do Ministério Público eventualmente discorde da posição e requirite a instauração do inquérito à Polícia (ou o Ministério Público instaure internamente um procedimento de investigação). Com uma decisão formal do Ministério Público sobre o tema, incidiria o sistema de impossibilidade de reabertura das investigações sem o surgimento de novas provas, cf. art. 28 do CPP brasileiro.

fossem sendo imediatamente encaminhadas ao Ministério Público, nos moldes dos sistemas português, italiano e francês.

Essa proposta de comunicação entre Polícia e Ministério Público mesmo antes da instauração formal do inquérito não deveria gerar qualquer perplexidade, pois a atividade fiscalizadora do Ministério Público sobre a Polícia impõe um dever de comunicação permanente da Polícia ao Ministério Público⁵⁹⁵. Essa proposta é a única forma de assegurar a indisponibilidade da ação penal, prevista no art. 3º, “d”, da LC n. 75/1993, ou seja, que a Polícia não disponha livremente do direito de ação penal de titularidade do Ministério Público⁵⁹⁶.

Esse procedimento deveria ser objeto de recomendação do Ministério Público à Polícia, nos termos do art. 6º, XX, da LC n. 75/1993, para que efetivamente documente e informe ao Ministério Público a decisão concreta tomada diante de todas as notícias de crime.

Contudo, ainda restaria o problema de como se fiscalizar se houve mesmo essa comunicação. Esse problema passaria pela estruturação no Ministério Público de serviço de acompanhamento de todas as ocorrências registradas no âmbito policial, confirmando as que geraram instauração de inquérito e as que não geraram, e porque não geraram. No Brasil, vale relembrar que o art. 9º, II, da LC n. 75/1993 permite o acesso pelo Ministério Público de quaisquer documentos relacionados à atividade fim policial, o que abrange obviamente o registro das notícias de crimes. Esse acesso poderia ocorrer por remessa periódica dos registros de ocorrências de crimes, ou pelo acesso efetivo ao sistema de informática respectivo⁵⁹⁷.

A operacionalização desse controle seria coordenada no âmbito do Ministério Público de forma difusa e concentrada. No sistema português, além da atribuição “difusa” de cada magistrado fiscalizar os processos de que são titulares, há também uma atribuição concentrada do Procurador-Geral da República de fiscalizar “superiormente” a atividade processual dos OPC’s (art. 16.1 da Lei n. 49/2008 – LOIC), podendo, no exercício dessa

⁵⁹⁵ J.M.D. Cunha, 1993:212.

⁵⁹⁶ De ver-se que o art. 4º, V, da Resolução n. 20/2007 do CNMP estabelece ser atribuição do Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial: “verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário”. Em verdade, propomos que essa atividade não deva ser esporádica, mas ordinária, como única forma de assegurar a indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público.

⁵⁹⁷ Há recomendação do CNPG (2008: item I) de que em todas as situações em que haja falecimento da vítima, ofensa à integridade física da vítima, apreensão de bens ou apreensão de armas, deve haver obrigatoriamente o registro imediato de IP, nos dois primeiros casos diante da gravidade do crime, e nos dois últimos como um instrumento de controle administrativo dos objetos apreendidos (já que a não instauração do IP retiraria qualquer

atribuição, solicitar informações aos OPC's sobre sua atividade processual ou ordenar vistorias em seus serviços para assegurar a fiscalização da aplicação da lei, bem como ordenar a abertura de inquérito para apurar eventuais desvios dos OPC's praticados no âmbito do inquérito (apartados 2 e 4 do art. 16 da Lei n. 49/2008⁵⁹⁸. Essas disposições são reforçadas pelo art. 151 da Lei de Organização da Polícia Judiciária (DL n. 275-A/2000) que estabelece que “O Ministério Público, através dos seus órgãos competentes, pode solicitar à Polícia Judiciária informações sobre a atividade processual, tendo em vista o exercício das competências que relevam do estatuto daquele órgão”, devendo a interpretação sistemática do dispositivo compreender que o Ministério Público pode solicitar, sem prejuízo das outras disposições que estabelecem que o Ministério Público pode diretamente fiscalizar⁵⁹⁹. Um dos instrumentos de ação reconhecidos à fiscalização da atividade policial em Portugal é o livre acesso pelo Ministério Público aos dados constantes do Sistema Integrado de Informação Policial, relativo aos procedimentos de investigação conduzidos pelos OPC's, conforme art. 11.3 da Lei n. 49/2008 (LOIC). Um possível instrumento de articulação dessa “aproximação comunicativa” entre Polícia e Ministério Público seriam os Departamentos de Investigação e Ação Penal – DIAP's, previstos nos art. 9º, 46 e 47 do Estatuto do Ministério Público (Lei n. 60/1998), no âmbito da estrutura da Procuradoria-Geral da República, com competência para a direção concentrada da investigação da criminalidade grave com dispersão territorial⁶⁰⁰.

No sistema brasileiro, essa competência também seria exercida de forma difusa pelos membros do Ministério Público de cada Promotoria de Justiça, e ainda pelos órgãos concentrados responsáveis pelo controle externo da atividade policial⁶⁰¹.

mecanismo de controle das diligências policiais, que no caso de apreensão de objetos são restritivas do direito de propriedade e, portanto, devem estar submetidas ao devido processo legal).

⁵⁹⁸ Mesquita, 2003:138-9, utiliza as expressões controle processual ou desconcentrado (realizado por cada magistrado do Ministério Público em casa inquérito específico) e controle extraprocessual ou concentrado, relativo aos mecanismos internos pelos quais o Ministério Público estabelece relações interorgânicas com a Polícia e o Governo, como é o caso da atuação do Procurador-Geral da República e dos procuradores-gerais distritais. Esse controle concentrado é especialmente importante para controlar as atividades não comunicadas ao Ministério Público (ver também Mesquita, 2005:65).

⁵⁹⁹ Mesquita, 2003:142.

⁶⁰⁰ Sobre a importância dos DIAP's para o controle externo da atividade policial em Portugal, ver Moura, 2009:83-85 e M.C. Almeida, 2006.

⁶⁰¹ Sobre a atribuição difusa e concentrada de exercício do controle externo da atividade policial, ela é recomendada no Brasil pelo art. 3º da Resolução n. 20/2007 do CNMP. Sobre o tema, registre-se que há proposta em curso perante o CNMP para alteração da referida resolução de forma a tornar obrigatória e existência de membros com designação exclusiva para o controle concentrado da atividade policial.

Ao ser detectada uma situação de omissão na instauração do inquérito, restaria a pergunta: o que fazer? O Ministério Público possui duas alternativas: requisitar a instauração do inquérito à Polícia ou realizar diretamente a investigação. O ideal é que a Polícia seja eficiente para dar vazão à demanda por seus serviços, mas se não o for, é inevitável que sua atuação seja complementada por outras instituições que tenham condições de fazê-lo. Nessa perspectiva, o controle externo da atividade policial também impõe ao Ministério Público que fiscalize o Poder Executivo para que dote as Polícias de recursos materiais e humanos para exercerem com eficiência seu mister. Mas tal apenas será possível se os dados saírem das sombras e vierem à luz.

Mais que uma utopia, o controle efetivo das comunicações de crimes é um projeto condizente com as balizas legais e perfeitamente realizável⁶⁰².

3.3.8 Consequências da omissão da comunicação do crime ao Ministério Público

Finalmente, resta a questão de saber qual será a consequência concreta se não houver a devida comunicação do crime ao Ministério Público, mediante a não formalização de um inquérito para investigar a notícia do crime (nem de qualquer outra comunicação), portanto retirando do Ministério Público a possibilidade de ter conhecimento da prática do crime.

Podemos imaginar a situação de a Polícia simplesmente não comunicar e não investigar, ou ainda de desenvolver atividades de investigação sem comunicar (ou sem instaurar o inquérito).

Na hipótese de simplesmente a Polícia não instaurar inquérito e não investigar o crime, a única possível solução é a responsabilização do policial que deixar de tomar as providências devidas. Em termos administrativos, tal pode constituir uma falta funcional. Em termos criminais, tal pode configurar a contravenção penal prevista no art. 66, I, da LCP (omissão na comunicação de crime). Tradicionalmente, essa contravenção penal tem sido interpretada apenas no sentido de responsabilizar os servidores públicos que tomam conhecimento do crime e

⁶⁰² Registramos experiência piloto de projeto de controle de ocorrências policiais no âmbito das Promotorias de Justiça Criminais de Ceilândia, cidade onde este subscritor exerceu as funções de Coordenador Administrativo das Promotorias de Justiça de 2007 a 2010, projeto este então encabeçado pelo Dr. Rodrigo Fudoli, e que documentou a sua exequibilidade, inclusive sua extrema pertinência, já que inúmeros crimes graves que estavam sem instauração de inquérito (aparentemente esquecidos nas prateleiras), após a requisição de instauração feita pelo Ministério Público, retornaram com devidas diligências que permitiram o ajuizamento da ação penal.

deixam de comunicá-lo à Polícia ou outra autoridade. Todavia, a redação do dispositivo também permite a responsabilização do policial que deixa de levar adiante a comunicação do crime ao Sistema de Justiça Criminal, pois estabelece que configura a contravenção “deixar de comunicar à autoridade competente crime de ação penal pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação”. Portanto, um servidor público que tomar conhecimento de um crime, possui o dever de comunicá-lo ao superior, à Polícia ou ao Ministério Público. Por sua vez, a Polícia, ao receber uma notícia de crime, possui a obrigação de instaurar um inquérito para investigar o crime, e ao final do respectivo prazo irá encaminhar esse procedimento ao Sistema de Justiça Criminal, permitindo que o Ministério Público tome conhecimento do crime e possa formar sua *opinio delicti*. Essa conduta amolda-se à descrição típica, pois o policial toma conhecimento do crime no exercício de uma função pública, e possui o dever de levar adiante a comunicação do crime aos demais órgãos do Sistema de Justiça, ou seja, não lhe é permitido recusar-se a dar o encaminhamento à notícia do crime.

A conclusão se aplica à sucessão da atividade policial: se um policial militar, no exercício de sua atividade de policiamento ostensivo, tomar conhecimento de um crime e deixar de comunicá-lo à Polícia Civil, poderá ser responsabilizado pela contravenção penal de omissão de comunicação de crime; se um agente de polícia recebe a notícia de um delito e deixa de encaminhá-la ao delegado de polícia (por exemplo, recusando-se a registrar a notícia do crime, ou registrando mas obstando seu encaminhamento ao delegado de polícia), também incorrerá na contravenção (salvo a configuração de outro delito mais grave, como prevaricação ou corrupção passiva). Da mesma forma, se um delegado de polícia toma conhecimento de uma notícia de crime, com a devida substância de veracidade da materialidade (independentemente da certeza absoluta da materialidade, do efetivo conhecimento da autoria ou da possibilidade de elucidação do delito) e recusa-se a instaurar o inquérito policial, o delegado de polícia estará, com essa omissão, deixando de comunicar à autoridade competente (e elo seguinte do Sistema de Justiça Criminal) um delito de que tomou conhecimento em razão da função, portanto, sua conduta configurará a contravenção penal de omissão de comunicação de crime à autoridade competente.

Talvez se pudesse obstar a essa interpretação a alegação de que a Polícia está assoberbada de atividades, que seria faticamente impossível instaurar inquérito e investigar todas as infrações penais. Todavia, a escolha de quais infrações penais serão ou não privilegiadas para

investigação não pode ser feita à margem de qualquer espécie de controle e, portanto, a efetiva instauração do inquérito é a forma de comunicação da notícia do crime que a Polícia recebe para o Ministério Público, titular da ação penal. Assim, se a Polícia não pode investigar todas, que documente as notícias de crime e as encaminhe ao Ministério Público, para que este fiscalize o desenvolvimento da atividade de investigação, verificando quais notícias efetivamente não possuem viabilidade de sucesso e quais, ao contrário, podem efetivamente render sucesso, complementando, se for o caso, a atividade de investigação. Mas esse processo deve ser feito às claras, devidamente documentado no inquérito e com o controle externo do Ministério Público. A omissão de não incluir uma notícia de crime no sistema de controles arquitetado pelo CPP, subtraíndo a notícia do crime do elo seguinte no Sistema de Justiça Criminal, configura sem dúvidas a contravenção penal de omissão de comunicação de crime.

Ademais, a pena extremamente diminuta dessa contravenção penal (não há previsão de pena de prisão, apenas pena de multa) acaba por afirmar-se como compatível com um desvio funcional dessa natureza, já que configura-se uma infração penal de menor potencial ofensivo, a ser julgada no Juizado Especial Criminal, com recurso preferencial à transação penal como resposta penal, provavelmente em sede de multa pecuniária (por simetria com a pena principal), o que acaba por converter virtualmente essa contravenção penal em uma punição disciplinar aplicada no âmbito criminal.

De ver-se que vários outros países adotam soluções semelhantes para a omissão de comunicação de crime da Polícia ao Ministério Público.

3.3.9 Outros problemas ligados à comunicação da notícia de crime

Um dos problemas frequentes ligados à comunicação de crimes por cidadãos é a alegação de que a Polícia não aceitou receber a comunicação do crime, ao argumento que o fato não seria típico, ou de que a unidade que recebe a notícia não seria territorialmente competente.

A abertura de um canal de comunicação com a população para o recebimento de notícias de crimes é essencial para a satisfação do dever de prestar a segurança pública, tanto no aspecto objetivo como também no aspecto subjetivo (sensação de segurança pública). O

recebimento das notícias de crimes é um serviço público, e como tal deve ser prestado com qualidade e eficiência.

Por um lado, é necessário um filtro mínimo para o registro de notícias de crimes; se toda e qualquer notícia de um fato social, ainda que manifestamente atípico (como acidentes de trânsito sem vítima, ou discussões de vizinhos sem ameaças ou agressões), pudesse gerar a movimentação do sistema judicial, este estaria fadado a ficar atolado em um mar de notícias de fatos manifestamente atípicos, o que seria antiprodutivo e poderia comprometer a eficiência do sistema. Por outro lado, uma recusa injustificada de recebimento de notícia de crime (potencialmente típico) acabaria por ser um atentado à titularidade da ação penal.

A recusa em receber a notícia de crime ao argumento de que o fato é atípico reinscreve-se na mesma problemática já acima discorrida sobre os requisitos de justa causa para a instauração do inquérito em situações de dúvidas, mas aqui com a agravante de que, por não haver sequer a documentação inicial da comunicação, não será possível nem mesmo documentar o processo de decisão sobre a admissibilidade inicial da comunicação, ficando a decisão ao alvedrio muitas vezes de um único agente de polícia. Portanto, uma recusa de receber notícias apenas pode ser admissível no caso de flagrante atipicidade, que não exija sequer um raciocínio mais elaborado de justificação do caráter não criminoso da conduta. Qualquer situação de dúvida sobre o caráter criminoso, por mínima que seja, deve ensejar a permissão de recebimento da notícia do crime, para posterior avaliação refletida, documentada e fundamentada, pelo efetivo titular do direito ao exercício da ação penal, da viabilidade ou não de desenrolar-se uma investigação em relação ao fato de duvidosa tipicidade. Diante da insistência do comunicante, é preferível que o agente de polícia receba a notícia de fato atípico, a encaminhe ao delegado, para que este dê um despacho indicando a manifesta (sem qualquer sombra de dúvidas) atipicidade da conduta, de forma que o cidadão fique com uma resposta formal do poder público sobre o porquê do não seguimento de sua notícia, e para que se permita a posterior sindicância da legalidade do procedimento.

Quanto à negativa de recebimento de notícia de crime com fundamento na incompetência territorial, à luz do princípio constitucional da eficiência do serviço público, o correto seria que a Polícia recebesse a notícia do crime e já a reencaminhasse à unidade policial com atribuições (ou melhor, ao membro do Ministério Público territorialmente com atribuições).

Há nessa situação uma obrigação de recebimento da notícia, pois o comunicante não deve ser obrigado a conhecer as mazelas das divisões de funções dos órgãos públicos⁶⁰³.

Para assegurar o direito do cidadão em realizar uma comunicação de crime, deve-se assegurar-lhe também o direito a receber uma cópia da comunicação realizada.

Ainda assim, no caso de recusa injustificada da autoridade policial em receber uma notícia de crime, solução não restará ao cidadão que não se dirigir diretamente ao Ministério Público para realizar a comunicação da notícia do crime. Nessa situação, entendendo o Ministério Público que o fato comunicado é típico e havendo necessidade de realização de diligências investigativas, poderá o Ministério Público encaminhar à Polícia a notícia recebida, com a requisição de instauração de inquérito policial e indicação das diligências necessárias à elucidação⁶⁰⁴. Nessas situações, convém ao membro do Ministério Público procurar identificar com o comunicante as características físicas do agente de polícia que supostamente recusou-se a receber a notícia de crime e requisitar ao chefe da unidade policial que diligencie o esclarecimento da situação de omissão no recebimento da notícia de crime, seja para, nas situações de dúvida justificada de procedimento, orientar o agente sobre o procedimento mais correto, seja para, nas situações de clara omissão de dever, ensejar-se a responsabilização do agente.

Em relação às comunicações de crimes feitas formalmente por particulares nas Delegacias de Polícia, que sejam recebidas mas não haja a posterior instauração de IP, há uma verdadeira violação do dever policial de dar uma resposta tempestiva quanto às demandas de atuação. A vítima possui o direito de pedir informações sobre o destino de sua comunicação de crime e a Polícia deve prestar as informações solicitadas, no prazo de 20 dias, prorrogáveis por mais 10 dias (Lei n. 12.527/2011, art. 11, §§ 2º e 3º, por analogia). Todavia, é muito mais ágil à vítima procurar diretamente o Ministério Público para comunicar os fatos, para que este possa requisitar a imediata instauração de IP, se preenchidos os requisitos, caso verifique que a notícia do crime já contém os elementos mínimos necessários para tanto.

⁶⁰³ Indicando a existência de uma obrigação de recebimento de notícias de crimes no caso de incompetência territorial da unidade policial, ver Guinchard e Buisson, 2009:514. Há regra semelhante no art. 15-3 do CPP francês.

⁶⁰⁴ Para operacionalizar a efetividade da requisição de instauração de inquérito policial, convém requisitar o encaminhamento da portaria de instauração do inquérito como comprovativo do cumprimento da requisição.

3.4 Poderes de direção do Ministério Público perante a Polícia de investigação

3.4.1 Acompanhamento obrigatório das investigações policiais

Não pode ser alterada, à luz do paradigma constitucional brasileiro, a obrigatoriedade de o Ministério Público sempre acompanhar as atividades de investigação feitas pela Polícia. Em outras palavras, não há investigação criminal realizada fora do controle do Ministério Público.

De forma mais ampla, a intervenção do Ministério Público é obrigatória em todos os processos nos quais haja um relevante interesse social indisponível. Tal é aferível da configuração do Ministério Público enquanto instituição essencial (CRFB/1988, art. 127, *caput*) e de algumas situações constitucionais em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória. Assim, v.g, a intervenção obrigatória do PGR em todos os processos de competência do STF, cf. art. 103, § 1º, e a obrigatoriedade de intervenção em processos envolvendo indígenas, cf. art. 232, indicando por trás dessas regras que há um princípio constitucional de que processos envolvendo relevante interesse social devem contar com a participação obrigatória do Ministério Público (situação conformada no nível infraconstitucional no art. 82 do CPC).

Se mesmo no âmbito civil, a tramitação de processos envolvendo interesses sociais impõe a intervenção obrigatória do Ministério Público, no âmbito criminal, no qual o Ministério Público é titular exclusivo da ação penal, com muito mais razão há essa obrigatoriedade de acompanhamento pelo Ministério Público de toda e qualquer atividade de investigação criminal. Esse princípio é extraído de forma mais direta do próprio art. 129, VII, da CRFB/1988, que prevê a função institucional do Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial. É certo que a configuração concreta do exercício dessa função está subordinada à regulamentação em lei complementar, pois trata-se de uma norma de eficácia limitada⁶⁰⁵. Todavia, não se pode negligenciar que, ainda que a regra específica seja dependente de regulamentação, o princípio constitucional subjacente à regra possui uma eficácia que pode transcender a eficácia limitada da regra. Assim, o fato de a Constituição prever a existência do

⁶⁰⁵ J.A. Silva, 1982:89-91. Ou, na expressão de M.H. Diniz, 1992:98-103, “normas de eficácia relativa dependente de complementação legislativa”. Ver comentários em Moraes, 2007:7-8. Ainda assim, essas normas já possuem eficácia imediata em relação às normas infra-constitucionais manifestamente contrárias à nova determinação (qualquer que seja a eventual regulamentação).

controle externo da atividade policial por si só já é eloquente pois permite a extração de um princípio de que deve existir controle sobre a atividade policial, que quem realiza esse controle é o Ministério Público, ainda que a configuração concreta desse controle esteja limitada à configuração dada pela lei complementar⁶⁰⁶. O princípio subjacente ao texto da regra é indicativo de que no sistema constitucional brasileiro a Polícia não é titular absoluta da investigação, ao contrário, deve haver um acompanhamento obrigatório da sua atividade de investigação pelo Ministério Público⁶⁰⁷. Também é indicativo de que não é o juiz quem controla a atividade policial. Uma alteração legislativa infraconstitucional em que se retirasse por completo a possibilidade de o Ministério Público acompanhar a atividade de investigação feita pela Polícia seria flagrantemente inconstitucional, por violar o princípio constitucional de que deve haver controle pelo Ministério Público sobre a atividade policial⁶⁰⁸.

Há, portanto, um princípio constitucional da necessidade de existência de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. A configuração da regra depende de lei complementar (a LC n. 75/1993), mas a existência do princípio constitucional existe independentemente da regra. A existência desse princípio constitucional contribui para a composição do quadro normativo constitucional, sendo relevante para a interpretação sistemática de todas as demais normas constitucionais entre si (unidade da constituição) e das demais normas infraconstitucionais (dever de conformidade constitucional).

Trata-se claramente de uma norma de garantia de direitos fundamentais, pois a imposição constitucional da obrigatoriedade de existência de mecanismos de controle da Polícia pelo Ministério Público é uma garantia contra abusos de direitos no âmbito da atividade de investigação, uma forma de assegurar que o Ministério Público irá cumprir sua função de fiscal

⁶⁰⁶ Sobre a existência de princípios constitucionais subjacentes às regras, afirma Alexy, 1998:10: “Ela [teoria dos princípios] afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balisadores de definições precisas e definitivas, têm estruturas de regras, como também acentua que o nível de regras precede *prima facie* ao nível dos princípios. O seu ponto decisivo é o de que atrás e ao lado das regras existem os princípios”. Assim, atrás da regra da norma constitucional há um princípio, que deve ter primazia na ponderação quando ocorrer um conflito deste com outros princípios constitucionais.

⁶⁰⁷ Roxin, 2007:36, comentando o discurso de alguns policiais no sentido de dar “emancipação” à polícia do controle de direção pelo Ministério Público, qualifica tais posições de “arrogância e altivez inaceitáveis” e conclui que uma tal reforma “despojaria o Ministério Público de sua posição de guardião da legalidade em relação à Polícia e traria consigo um déficit ao Estado constitucional que não pode ser aceitado”.

⁶⁰⁸ Nesse sentido: Jardim, 2005:328; Santin, 2007:83

da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais e sociais indisponíveis (CRFB/1988, art. 127).

Portanto, independentemente da regulamentação legal dada à regra constitucional, o princípio subjacente já impõe uma interpretação mínima das possibilidades de configuração da regra constitucional, consistente na vedação de sua abolição virtual. Ou seja, toda atividade de investigação policial deve realizar-se sob o controle obrigatório do Ministério Público. Nesse ponto, se duas interpretações fossem possíveis, uma que permitisse à Polícia realizar investigações fora do quadro do controle do Ministério Público e outra, ao contrário, que exigisse a obrigatoriedade do acompanhamento pelo Ministério Público da atividade policial, certamente a segunda interpretação seria preferível por conduzir a uma maximização das possibilidades de realização dos princípios constitucionais⁶⁰⁹.

Apesar dessas considerações genéricas, a regulamentação da regra constitucional do controle externo da atividade policial pela LC n. 75/1993 previu concretamente essa indispensabilidade da participação do Ministério Público no acompanhamento da atividade policial. Assim, o art. 9º, II, dessa lei, prevê que o Ministério Público pode ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade fim policial. O parágrafo único do referido art. 9º também prevê que a prisão de toda pessoa deverá ser obrigatoriamente comunicada ao Ministério Público, com indicação do local onde se encontra e dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão. O art. 129, VIII, 1ª parte, da CRFB/1988, prevê que o Ministério Público pode requisitar diligências investigatórias no âmbito do inquérito policial, estando implícito que, se o Ministério Público requisita, é porque teve vista dos autos, é porque foi-lhe proporcionada a oportunidade de requisitar tais diligências. O art. 7º, II, *in fine*, da LC n. 75/1993, prevê que o Ministério Público pode acompanhar o desenvolvimento do inquérito policial, indicando que poderá participar da realização das diligências de investigação pela Polícia e requisitar verbalmente durante sua realização reperguntas e outras providências cabíveis, o que conduz a um poder de “orientar e participar ativamente das investigações”⁶¹⁰. O art. 10 da LC n. 75/1993, estabelece que a prisão de qualquer pessoa deverá ser comunicada ao Ministério Público, como órgão de fiscalização constante da atividade policial. Portanto, todo esse conjunto normativo complementar (de

⁶⁰⁹ Sobre a interpretação conforme à Constituição como técnica de maximização da conformidade dos resultados possíveis com o programa constitucional, ver acima, item 3.2.1.4.

⁶¹⁰ Santin, 2007:222.

concretização da previsão constitucional) permite a conclusão de que o Ministério Público deve obrigatoriamente participar do desenvolvimento da investigação criminal, independentemente do eventual regramento infraconstitucional ordinário.

Todavia, o regramento infraconstitucional também acolheu a obrigatoriedade de acompanhamento procedimental da investigação pelo Ministério Público, estabelecendo que a instauração do IP pela autoridade policial é obrigatória (CPP, art. 5º) e que ao término do prazo de conclusão do IP ele deverá ser encaminhado ao Ministério Público, que poderá manifestar-se pela requisição de realização de novas diligências, oferecimento de denúncia ou arquivamento (arts. 16, 24 e 28, respectivamente). Outra expressão dessa fiscalização constante está no art. 10, § 5º, da Lei n. 12.850/2013, que permite ao Ministério Público em qualquer momento da investigação relacionada a organizações criminosas, requisitar um relatório sobre as atividades do agente infiltrado. Finalmente, o art. 5º, VIII, da Resolução n. 20/2007 do CNMP, na esteira de entendimento jurisprudencial já consolidado, esclarece que não é possível à autoridade policial opor sigilo ao Ministério Público, o qual pode ter acesso “aos relatórios e laudos periciais, ainda que provisórios, incluindo documentos e objetos sujeitos à perícia, guardando, quanto ao conteúdo de documentos, o sigilo legal ou judicial que lhes sejam atribuídos, ou quando necessário à salvaguarda do procedimento investigatório”⁶¹¹. Essa regulamentação infraconstitucional completa o quadro jurídico-constitucional da participação obrigatória do Ministério Público nas investigações policiais⁶¹². Em síntese: o paradigma constitucional

⁶¹¹ Especificamente sobre a abrangência da norma prevista no art. 9º, II, da LC n. 75/1993, que prevê que o Ministério Público poderá ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial, a Resolução n. 88/2006 do Conselho Superior do MPF, em seu art. 3º, III, prevê uma lista (paradigmática) de documentos em relação aos quais o Ministério Público pode ter livre acesso no exercício do controle externo da atividade policial, conferir: “a) ao registro de mandados de prisão; b) ao registro de fianças; c) ao registro de armas, valores, substâncias psicotrópicas, veículos e outros objetos apreendidos; d) ao registro de ocorrências policiais; e) ao registro de inquéritos policiais; f) ao registro de termos circunstanciados (Lei nº 9.099/95); g) ao registro de cartas precatórias; h) ao registro de diligências requisitadas pelo Ministério Público ou pela autoridade judicial; i) ao registro de infrações de trânsito e penalidades aplicadas pela Polícia Rodoviária Federal; j) ao registro e aos autos de sindicâncias e procedimentos disciplinares no âmbito dos órgãos policiais”.

⁶¹² Sobre a impossibilidade de opor-se sigilo do IP ao Ministério Público, e sobre a obrigatoriedade da participação do Ministério Público nas investigações criminais, ver os precedentes do STF e STJ: “Não há intromissão indevida do MPF, porque como titular da ação penal (art. 129, I e VIII, da CF) a investigação dos fatos tidos como delituosos a ele é destinada, cabendo-lhe participar das investigações. Com base nos indícios de autoria, e se comprovada a materialidade dos crimes, cabe ao Ministério Público oferecer a denúncia ao órgão julgador. Por essa razão, também não há falar em sigilo das investigações relativamente ao autor de eventual ação penal”; STF, Plenário, HC 94.278, rel. Min. Menezes Direito, j. 25 set. 2008, DJE 28 nov. 2008. E ainda: “1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o Ministério Público, por expressa previsão constitucional, possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo e conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar documentos e informações que entender necessários ao exercício de suas

brasileiro não permite haver investigações criminais fora do acompanhamento obrigatório pelo Ministério Público.

Além do acompanhamento procedimental obrigatório, podemos acrescentar o acompanhamento pessoal facultativo das investigações, que é uma faculdade inerente às atribuições de controle externo da atividade policial, podendo o membro do Ministério Público acompanhar pessoalmente a lavratura pela Polícia de autos de prisão em flagrante, acompanhar a colheita de depoimentos, diligências de reconhecimento pessoal, buscas e apreensões domiciliárias, reconstituições, perícias e outras diligências que reputar convenientes, nos termos do art. 7º, II, *in fine*, da LC n. 75/1993⁶¹³. Significa que o Ministério Público não pode ser um mero “observador passivo na construção da investigação”⁶¹⁴.

Ainda que seja recomendável uma ampliação normativa da possibilidade de o Ministério Público atuar na fase de investigação criminal, o quadro normativo atual já determina uma atuação mais próxima pelo Ministério Público. Essas considerações sobre a obrigatoriedade de acompanhamento pelo Ministério Público das investigações policiais, eleito como verdadeiro baluarte de garantias no âmbito da investigação criminal, possui especial reflexo no tema das chamadas sindicâncias preliminares ao inquérito policial, que já abordamos acima⁶¹⁵.

3.4.2 *Dever de fiscalização continuada da eficiência e das eventuais ilegalidades da atividade policial*

Uma das finalidades do acompanhamento obrigatório das investigações é a possibilidade de fiscalização constante da atividade policial, como instrumento de profilaxia de

atribuições. 2. A atuação do Ministério Público, no contexto da investigação penal, longe de comprometer ou de reduzir as atribuições de índole funcional das autoridades policiais - a quem sempre caberá a presidência do inquérito policial -, representa, na realidade, o exercício concreto de uma atividade típica de cooperação, que, em última análise, mediante a requisição de elementos informativos e acompanhamento de diligências investigatórias, além de outras medidas de colaboração, promove a convergência de dois importantes órgãos estatais incumbidos, ambos, da persecução penal e da concernente apuração da verdade real. 3. Habeas corpus denegado”; STJ, 5ª T., HC 116.466/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13 dez. 2011, DJe 1 fev. 2012. Ver ainda sobre a inexistência de sigilo contra o Ministério Público na investigação criminal conduzida pela Polícia: STJ, 2ª T., RMS 13.465/PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ ac. Min. Eliana Calmon, j. 2 set. 2003, DJ 8 jun. 2007, p. 239.

⁶¹³ Reconhecendo inexistência de ilegalidade no fato de o membro do Ministério Público acompanhar pessoalmente todos os atos da investigação policial: STF, 1ª T., HC 89.746, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12 dez. 2006, DJ 9 fev. 2007.

⁶¹⁴ Crítica feita por Mathias, 2005:497.

⁶¹⁵ Ver subseção 3.3.6.

eventuais ilegalidades e para se assegurar sua eficiência. A fiscalização da atividade policial realiza-se em dois níveis: o nível processual e o extraprocessual.

Em nível extraprocessual, o Ministério Público pode realizar a fiscalização de quaisquer documentos da Polícia relacionados à sua atividade fim (LC n. 75/1993, art. 9º, II). Isso abrange o acesso a livros de ocorrências, aos procedimentos de averiguação preliminar, aos relatórios das diligências em andamento ou aos termos de declarações já realizados, mas ainda não juntados aos autos do IP, aos procedimentos ditos de inteligência criminal, ao conhecimento das instruções normativas internas da Polícia e a quaisquer documentos relacionados à atividade policial. Ele também abrange os eventuais documentos de licitude duvidosa, como o catálogo de fotografias de suspeitos⁶¹⁶. Para exercer essa prerrogativa de fiscalização difusa, o Ministério Público pode ter livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais (art. 9º, I, da LC n. 75/1993). Segundo o art. 4º, I, da Resolução n. 20/2007 do CNMP, deve haver visitas periódicas às repartições policiais (infelizmente, dispositivo sistematicamente negligenciado ao argumento de “excesso de trabalho”).

No nível processual, o dever de fiscalização se realiza com o acompanhamento obrigatório das investigações policiais. Sempre que um IP for remetido ao Ministério Público

⁶¹⁶ A Lei n. 10.054/2000 disciplinava a identificação criminal e previa em seu art. 1º, parágrafo único, as modalidades de identificação datiloscópica e fotográfica. Todavia, não se disciplinava a abrangência da utilização da fotografia, apenas se indicando que ela seria juntada à comunicação do auto de prisão em flagrante e do inquérito policial, não indicando a possibilidade de a Polícia remanescer com uma cópia da fotografia e de catalogar essas fotografias em um “livro de suspeitos”. O atual art. 5º da Lei n. 12.037/2009 repete a disciplina anterior, apenas acrescentando que além da juntada à comunicação do APF e ao IP, poderá ser juntada a “outra forma de investigação”, indicando que há outras formas de investigação criminal que não o inquérito policial. A nova lei incrementa a preocupação com o respeito ao direito à imagem do investigado, indicando que se o investigado apresentar após o arquivamento do inquérito sua identificação civil, poderá requerer o desentranhamento da identificação fotográfica juntada aos autos. Considerando que o art. 5º, V, da CRFB/1988, prevê expressamente o direito fundamental à imagem (e à sua proteção mediante indenização por sua lesão), e que o inciso LVIII do mesmo dispositivo prevê uma restrição à identificação criminal, subordinando-a a disciplina legal, bem como há indicação na própria lei que regulamenta a identificação criminal de uma preocupação com o uso da imagem do investigado (com possibilidade de posterior exclusão da sua fotografia dos autos do IP), fica claro que deveria haver uma regulamentação legal mais minuciosa da possibilidade de a Polícia reter uma cópia da fotografia do investigado. Essa regulamentação legal deveria prever: se a Polícia pode ou não reter para si (fora dos autos do IP) a fotografia do investigado e em quais situações tal poderia ocorrer, para quais propósitos e por quanto tempo tal retenção poderia ocorrer, quem poderia ter acesso a tal livro de fotografias, a ciência pelo investigado da retenção de sua imagem pela Polícia, o direito de impugnação de tal retenção, e os mecanismos de controle dessa diligência policial. Entendemos que seria possível que uma lei viesse a regulamentar esse tema, estabelecendo balizas seguras para tal atividade, diante sempre da excepcionalidade (crimes extremamente graves e não meros furtos de rua como ocorre atualmente). A minguada de regulamentação legal, parece-nos que a diligência de confeccionar um livro de suspeitos com fotografias de pessoas que já se submeteram à identificação

para manifestar-se sobre o destino a ser dado à investigação, o Ministério Público possui a obrigação de analisar cuidadosamente quais diligências foram realizadas. Há um dever de eficiência pela Polícia, e um dever de fiscalização pelo Ministério Público da eficiência policial na atividade investigativa. A eficiência da atividade investigativa se realiza por sua completude, legalidade e celeridade⁶¹⁷. Se o membro do Ministério Público não analisa detidamente a suficiência das provas de um IP para o oferecimento da denúncia, há violação de um dever funcional do membro do Ministério Público. Portanto, quando o membro do Ministério Público recebe os autos do IP com solicitação de retorno à DP para continuidade das diligências, há uma verdadeira obrigação funcional de explicitar à autoridade policial (em uma requisição de diligências) quais são as diligências que restam ser realizadas, o que corresponde à postura constitucional do Ministério Público em ser o fiscal da eficiência da investigação policial⁶¹⁸.

Vale relembrar que a demora injustificada de conclusão de IP configura uma violação ao princípio da celeridade (CRFB/1988, art. 5º, LXXVIII), que possui repercussões não apenas na eficiência da investigação, mas também sobre os direitos do investigado. Na hipótese de não ter o investigado envolvimento com o delito, ele poderá de forma mais breve ficar livre da ingerência aos seus direitos fundamentais decorrente do risco da investigação criminal⁶¹⁹. E a probabilidade de solução de um caso diminui em progressão geométrica com o passar do tempo. Daí um interesse especial do Ministério Público em assegurar uma conclusão tempestiva das investigações. Ainda que exista “excesso de trabalho”, sem dúvidas, uma boa gestão dos recursos disponíveis poderá sempre otimizar os resultados⁶²⁰.

Assim, o Ministério Público deve obrigatoriamente analisar se há eventualmente ilegalidades no âmbito do IP. Por exemplo, deve fiscalizar quanto ao destino dado às armas e drogas apreendidas (nos termos do art. 25 da Lei n. 10.826/2003 e arts. 50 e 52 da Lei

criminal é ilegal por ausência de regulamentação legal que assegure suficiente proteção ao direito à imagem do investigado.

⁶¹⁷ Indicando tais critérios de aferição da qualidade do trabalho investigativo: Walker, 2001:166-171.

⁶¹⁸ Nesse sentido: CNPG, 2012 (Anexo 1C, item 7).

⁶¹⁹ Na expressão de Valente, 2009b:191: “que liberdade tem um indivíduo quando, sendo arguido de um processo crime, vê a comprovação judicial da sua inocência a ser adiada *sine die*? Não tem liberdade, não poderá vivê-la, exercitá-la e senti-la como sua e como real”.

⁶²⁰ A concretização do princípio da celeridade passa muitas vezes por uma nova postura do Ministério Público nas investigações, evitando restituições dos autos à DP para diligências desnecessárias, indicando claramente quais são as necessárias à opinião delicti, e permitindo outros instrumentos de simplificação, como por exemplo entrevistas com testemunhas ao invés de depoimentos formais para crimes não graves.

n. 11.343/2006, respectivamente) e de todos os bens apreendidos pela Polícia, sempre estejam vinculados a um IP, de forma a assegurar o efetivo controle de sua destinação⁶²¹.

Quanto à fiscalização da qualidade do material investigativo produzido pela Polícia, não é suficiente que ela apenas cumpra as requisições de diligências feitas pelo Ministério Público. Deve cumpri-las de forma eficiente, obtendo todas as informações disponíveis e potencialmente úteis à elucidação dos fatos investigados. A completude da investigação é caracterizada quando houve um esforço sério para obter-se todas as provas possíveis no caso concreto, admissíveis para confirmar ou refutar as possíveis linhas de investigação diante das informações iniciais do caso. Isso significa identificar os possíveis fatos criminosos constantes de uma comunicação de notícia de crime para, a partir deles, instaurar-se uma investigação criminal, com a posterior comunicação ao Ministério Público. Também significa localizar e entrevistar todas as potenciais testemunhas relevantes do caso, e ainda no curso da entrevista, formular as perguntas adequadas e as novas perguntas em sequência às respostas dadas. Significa um dever de relato completo das informações potencialmente significativas para a formação da decisão de acusar ou arquivar as investigações, ainda que sejam as informações recebidas de maneira informal, mas juridicamente relevantes⁶²². Significa preservar os vestígios materiais do crime, recolhê-los, analisá-los de forma apropriada. Significa recolher os documentos e objetos pertinentes ao esclarecimento dos fatos. Deve-se realizar todo esforço possível para obter-se tais provas. Nem sempre todos os crimes serão totalmente esclarecidos, há uma natural cifra de crimes não resolvidos que deve ser aceita como inevitável. Todavia, há uma falha na completude da investigação quando uma diligência que poderia ter sido feita não foi realizada a tempo e, por tal falha, o crime não foi esclarecido.

O paradigma da transparência e controle na atividade policial impõe um dever de documentação formal da atividade policial, para que se permita o posterior controle externo. Também abrange o dever de justificar suas atividades, comprovando a presença dos pressupostos de fato que legitimam a intervenção policial. Assim, não basta o policial verificar a presença dos pressupostos de fato de sua intervenção, ele possui um dever de recolher as informações para que os órgãos de controle possam reconstruir o quadro legitimador de sua intervenção, para

⁶²¹ CNPG, 2012:24.

⁶²² Indicando o problema de a Polícia sonegar informações recebidas informalmente, mas que seriam decisivas para a solução do caso penal, em um incidente específico na Bélgica, ver Punch, 2005:185.

concordarem com o acerto de sua decisão de intervenção. Isso significa que, nas hipóteses de diligências decorrentes de flagrante delito (detenção ou busca domiciliar), o policial possui obrigação de recolher as testemunhas que comprovem a situação de flagrância que justificou sua intervenção. Quando um crime é supostamente praticado na presença de várias pessoas, mas nenhuma testemunha é arrolada pela Polícia, surge uma séria dúvida da efetiva legitimidade da intervenção policial.

A fiscalização da legalidade se exerce mediante medidas de prevenção e repressão a eventuais desvios administrativos ou criminais eventualmente verificados na atividade policial. Para tanto, havendo já a notícia concreta de uma irregularidade administrativa, o Ministério Público deve extrair cópia dos documentos comprobatórios da irregularidade, encaminhar ofício ao policial e ao seu superior (eventualmente também à Corregedoria) para correção da irregularidade. Se a atipicidade processual verificada constitui um ilícito administrativo, deve encaminhar cópia da documentação à Corregedoria de Polícia respectiva para tomar as providências cabíveis. E se configura um ilícito penal, deverá encaminhar as peças de informação ao membro do Ministério Público com atribuições para promover a responsabilização criminal. Se a irregularidade apenas é detectada já no curso da ação penal (v.g., com o reconhecimento de uma prova ilícita), o órgão do Ministério Público que acompanha o caso deve encaminhar as informações ao órgão de controle externo da atividade policial (se não for ele mesmo) para esclarecer a situação e sanar as falhas.

A celeridade da investigação consiste em sua conclusão dentro de um prazo razoável, cf. art. 5º, LXXVIII, da CRFB/1988. A presteza da atividade de investigação é essencial para seu potencial de esclarecimento dos fatos. A omissão policial pode decorrer de ausência de estrutura adequada (recursos humanos e materiais inadequados ao volume de trabalho), incompetência (má gestão dos recursos disponíveis ou má condução de uma investigação concreta) ou eventualmente em omissões dolosas (permeabilidade à influência de detentores de poder político ou econômico)⁶²³. Longos períodos de tempo com omissão de atividade investigativa pela Polícia devem ensejar as medidas adequadas por parte do Ministério Público para sanar a omissão policial. Uma das possíveis soluções é a condução direta das investigações.

⁶²³ Ver *supra*, subseção 1.5.d.

Assim, em sua atividade continuada de análise do material investigativo produzido pela Polícia de investigação, o Ministério Público deve continuamente fiscalizar a qualidade do trabalho policial, indicando em cada procedimento de investigação as possíveis falhas realizadas e exigindo as medidas específicas para se evitar a reiteração das falhas. Especialmente no momento do arquivamento de uma investigação criminal, o Ministério Público deve declinar por escrito em sua manifestação uma análise da qualidade da atividade desenvolvida pela Polícia, indicando se houve diligências que poderiam ter sido realizadas para esclarecer o fato, mas não o foram, arquivando tais considerações em pasta especificamente destinada ao controle externo da atividade policial e encaminhando cópia da manifestação à autoridade policial responsável ou ao seu superior hierárquico, para que sejam sanados os eventuais defeitos verificados. Uma atividade profissional de fiscalização pelo Ministério Público também exige que tal atividade de constante fiscalização seja efetivamente documentada, e que uma repetição continuada de falhas enseje medidas específicas de correção (reuniões, gestões para solução de problemas institucionais, recomendações ou eventualmente a responsabilização por falhas continuadas). Para tanto, a atividade de controle externo deverá ser documentada em um procedimento especificamente aberto para realizar o controle externo da atividade do órgão policial (Delegacia de Polícia), de forma a dar uma organização sistemática ao exercício de sua função de controle externo, permitindo-se, inclusive, a aferição da eficiência do próprio Ministério Público em sua atividade de controle externo da atividade policial⁶²⁴.

Há algumas situações de desvio funcional que apenas são identificáveis pela repetição, como omissões sistemáticas na realização de diligências investigativas, abordagens que se verificam repetitivamente como infundadas (a indicar um uso abusivo da abordagem), abordagens com padrões de preconceito, ou reiteradas alegações de uso excessivo da força por determinado policial (a indicar a veracidade da situação em seu conjunto). Especialmente para essas situações, a documentação sistemática de informações sobre o controle externo é relevante. Nessas situações, é possível que um caso isolado seja apenas uma falha ocasional, mas que a repetição de casos indique falhas sistêmicas, um padrão de atuação desviante. Por tal motivo, é

⁶²⁴ Segundo o art. 6º da Resolução n. 20/2007 do CNMP, o membro do Ministério Público deve arquivar em pasta específica os relatórios de visitas às repartições policiais. Em nossa visão, as demais atividades de controle externo também devem ser documentadas de forma sistemática.

sempre recomendável que toda falha na atuação policial seja documentada e sistematizada pelo Ministério Público no exercício de sua função de fiscalização da atividade policial.

Associado a essa obrigação de fiscalização das eventuais ilegalidades está o poder de responsabilização criminal e por improbidade administrativa pelos eventuais excessos. Essa função de responsabilização pelos desvios policiais é inerente à função mais ampla do Ministério Público enquanto defensor da ordem jurídica (CRFB/1988, art. 127, *caput*) e órgão responsável pela promoção da ação penal pública (art. 129, I) e da ação civil pública para proteção de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Sendo a atividade policial uma área sensível à eventual prática de desvios, os desvios mais sérios podem efetivamente vir a configurar crime e, nessa situação, será obrigação do Ministério Público promover a responsabilização do infrator. Nesse sentido, a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público no acompanhamento de toda e qualquer investigação criminal é uma garantia contra desvios, de que o grande fiscal da sociedade contra a prática de desvios assegurará que não ocorram desvios e, se ocorrerem, que haja a oportuna responsabilização, enquanto instrumento de dissuasão de outros possíveis desvios.

Ao lado da responsabilização criminal, a maioria das situações de desvio policial configurarão ato de improbidade administrativa e, nessa medida, será possível a responsabilização por iniciativa do Ministério Público⁶²⁵.

3.4.3 Poder de direção mediata por meio de requisição de diligências

3.4.3.1 O cumprimento da requisição de diligências investigatórias como expressão de um dever funcional do delegado de polícia

No Brasil, nas hipóteses em que o Ministério Público expede concretamente uma requisição de diligências à autoridade policial, o cumprimento dessa requisição se mostra

⁶²⁵ Sobre a responsabilização criminal e por improbidade administrativa por desvios policiais, ver infra subseção 5.3.1.

obrigatório. Não se trata de um conselho, sugestão ou pedido de favor: trata-se de uma ordem, de atendimento obrigatório pela Polícia⁶²⁶.

O caráter de ordem vinculativa é constatado do conjunto de disposições normativas que envolvem o instituto da requisição no processo penal. Primeiramente em nível constitucional, quando se prevê que é função institucional do Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”, conforme o art. 129, VIII, da CRFB/1988. Esse dispositivo deve ser interpretado no conjunto das disposições constitucionais, que prevê que é atribuição privativa do Ministério Público promover a ação penal pública e compete-lhe o controle externo da atividade policial. Portanto, a forma ordinária de receber as informações preliminares que lhe permitam o ajuizamento da denúncia será o acompanhamento do IP com a possibilidade de requisitar diligências. Ao lado da disposição, está o art. 7º, II, da LC n. 75/1993, que prevê a possibilidade de o Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas”. Veja-se que essa disposição acrescenta em sua parte final a possibilidade de o Ministério Público acompanhar o procedimento investigatório da Polícia e apresentar provas em seu âmbito. O caráter de ordem é confirmado pela dicção do art. 8º, § 3º, da LC n. 75/1993, que estabelece que “a falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa”, indicado que a requisição não é mero pedido, mas uma ordem de atendimento obrigatório sob pena de responsabilização. Em verdade, esse dispositivo cria um verdadeiro mandamento legal de impossibilidade de não responsabilização em razão do não cumprimento das requisições de diligências por parte do Ministério Público, que se torna um vetor de interpretação jurídica, a ser

⁶²⁶ Nesse sentido, já indicava Mirabete, 2002:94: “as requisições, que podem ser apresentadas à autoridade policial a qualquer momento, antes, durante ou após o inquérito, são *ordens* a que ela está *obrigada* a atender, ainda quando não lhe pareçam adequadas. Somente quando forem ilegais haverá oportunidade para a recusa ao cumprimento das requisições” (grifo nosso). No mesmo sentido, Tourinho Filho, 2001:52: “requisição é exigência legal [...] não poderá, pois a autoridade policial deixar de atender às requisições da Autoridade Judiciária ou do Ministério Público”. Nessa mesma linha, quanto à requisição ministerial de instauração de IP, ver Tornaghi, 1990:29; Capez, 2001:77; Santin, 2007:35. Já Nucci, 2008:86, afirma que a requisição “é uma exigência legal, não sujeita ao indeferimento, como regra, porque lastreada em lei e produzida por outra autoridade”, apesar de reconhecer que não se trata de ordem, já que “nem o Ministério Público, nem tampouco o juiz, são superiores hierárquicos do delegado, motivo pelo qual não lhe podem dar ordens” (Nucci, 2008:84), o que não deixa de ser uma posição contraditória, pois uma exigência legal feita por autoridade, de atendimento obrigatório, não deixa de ser faticamente uma ordem, mesmo sem haver hierarquia organizacional (mas sim uma hierarquia quanto às funções na fase das investigações).

conjugado com as outras normas aplicáveis ao caso, impedindo uma interpretação que não conceda qualquer consequência prática à omissão de resposta de requisição ministerial.

Finalmente, tais normas são complementadas pelo art. 13, II, do CPP, que estabelece que “Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial: [...] II – realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; III – cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias”. O artigo é peremptório, a realização das diligências requisitadas e cumprimento de mandados de prisão é uma incumbência da autoridade policial, um dever do qual não pode recusar cumprimento, nem por razões de conveniência e oportunidade, nem por razões de divergência de entendimentos jurídicos em situações de ordem não manifestamente ilegal.

Esse dever de atendimento das requisições ministeriais é expressão da titularidade do Ministério Público da ação penal, que envolve implicitamente o poder de assegurar efetivamente o recolhimento de informações preliminares necessárias ao exercício de suas atribuições constitucionais. Não há apenas um poder, mas um dever, de não restituir os autos à autoridade policial senão para diligências indispensáveis, com o dever correlato de fundamentar suas manifestações, indicando concretamente quais são as diligências necessárias para a formação de sua decisão sobre a viabilidade da acusação. Um dos atritos mais frequentes entre delegados de polícia e promotores de justiça está no fato de o Ministério Público requisitar diligências genéricas, não especificando quais seriam necessárias à sua *opinio delicti*, procrastinando a conclusão das investigações, e, por outro lado, o não cumprimento sistemático das diligências requisitadas pelo Ministério Público⁶²⁷.

Na jurisprudência brasileira, não se discute o caráter obrigatório do cumprimento das diligências requisitadas pelo Ministério Público. Há inclusive precedentes do STJ admitindo o uso de mandado de segurança contra a negativa arbitrária do delegado de polícia em cumprir requisições do Ministério Público⁶²⁸. O que se discute, eventualmente, é se tal descumprimento configuraria apenas uma falta funcional disciplinar ou se chegaria a configurar um crime funcional (de desobediência ou de prevaricação), como se verá logo a seguir.

⁶²⁷ Essa conclusão consta do relatório final da Meta 2 da ENASP; conferir: ENASP, 2012.

⁶²⁸ Conferir: “Processual penal. Procedimento policial regulado pelo art. 69 da lei 9.099/95. Diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público, ao seu cumprimento não pode escusar-se a autoridade policial, a título, ademais, de direito líquido e certo protegido por mandado de segurança”. STJ, 5ª T., RMS 8.837/SP, rel. Min. José Dantas, j. 7 abr. 1998, DJ 18 maio 1998, p. 119.

A consequência dessa obrigatoriedade de atendimento das requisições ministeriais de diligências em IP é que sempre que não for possível o atendimento da requisição no prazo fixado (v.g., excesso de trabalho), é essencial que a autoridade policial lavre uma certidão nos autos esclarecendo o motivo concreto pelo qual não foi possível o atendimento da requisição no prazo indicado.

Portanto, ao constatar-se que o atendimento da requisição feita pelo Ministério Público é uma obrigação da Polícia, cria-se faticamente um sistema de dependência funcional da Polícia ao Ministério Público, pois se o cumprimento das ordens investigativas dadas pelo Ministério Público é um dever funcional do delegado de polícia (CPP, art. 13, II), então ele está numa relação funcional de subordinação (na perspectiva de ter o dever funcional de cumprir ordens no cumprimento de um dever de colaboração interinstitucional), ainda que se trate de duas instituições distintas e ainda que não haja dependência disciplinar direta. Essa indicação de dependência funcional não deve ser lida como indicativa de inferioridade institucional: a Polícia é uma instituição essencial ao estado democrático de direito e há, em termos práticos, um largo espaço de iniciativa própria da atividade policial. Como lembra Lyra, o relacionamento entre Polícia e Ministério Público deve ser marcado pelo respeito recíproco e pelo reconhecimento recíproco da relevância e prestígio de ambas as instituições⁶²⁹. Todavia, o relacionamento que decorre da essência da atividade policial coloca-a numa posição de dependência funcional do Ministério Público, de cumprimento obrigatório das requisições fundamentadas emitidas pelo Ministério Público. Esse dever de cumprimento de requisições está presente em todos os países estudados supra.

Ainda assim, há que se reconhecer que esse sistema fático de dependência funcional eventualmente cria atritos interinstitucionais, pois enquanto a Polícia está subordinada organicamente ao Executivo, ela está procedimentalmente vinculada às requisições de diligências formuladas pelo Ministério Público. Esse sistema de dupla dependência resolve-se na compreensão de cada “cabeça” aos seus limites: o Ministério Público atua na direção mediata da investigação através da requisição de diligências; a cúpula institucional da Polícia (e eventualmente o cargo político no ápice) atua na estruturação organizacional-administrativa, no exercício do poder disciplinar e no estabelecimento genérico de diretrizes de atuação, sempre que

⁶²⁹ Lyra, 1937:121.

estas não conflitem com requisições específicas formuladas pelo titular da ação penal no campo da condução das investigações⁶³⁰.

Certamente, o cenário ideal seria o que minimizasse os possíveis atritos decorrentes dessa situação de dependência funcional, mediante uma aproximação dialógica entre Ministério Público e Polícia, na qual o Ministério Público valorizasse as indicações investigativas enviadas pela Polícia, e esta compreendesse os motivos das requisições ministeriais como legítimas, num trabalho integrado de constante força tarefa. Havia assim um fluxo bidirecional de informações entre o que é necessário para exercer a ação penal e o que é possível obter-se na atividade investigativa. De certa forma, a exigência constitucional de fundamentação das requisições ministeriais aponta no sentido de um necessário diálogo entre as instituições. Todavia, essa comunicação burocrática não é suficiente, sendo necessários outros mecanismos de fomento à integração, como reuniões periódicas, canais de diálogo direto entre o titular da ação penal e o investigador e eventualmente até uma maior integração no ambiente físico⁶³¹. Ainda assim, é inevitável que surjam conflitos, os quais hão de ser solucionados tendo em mente o dever policial de atendimento às requisições ministeriais relacionadas com uma investigação concreta.

3.4.3.2 Situações residuais de admissibilidade de não atendimento de requisições de diligências

Em regra, o cumprimento da requisição ministerial é uma obrigação funcional do delegado não estando sujeita ao seu escrutínio a conveniência e oportunidade de realização da medida. No caso de questões jurídicas controvertidas, também não cabe ao delegado recusar cumprimento à requisição, pois, se houver alguma eventual ilegalidade na requisição, o requisitante torna-se a autoridade coatora para efeitos de impugnação, pois ele é o autor da ordem dada⁶³². Apenas em situações de ilegalidade manifesta e indiscutível é que se pode falar em possível recusa no cumprimento da requisição ministerial⁶³³.

⁶³⁰ Indicando os problemas do sistema de codependência: Cunha, 1993:221-297; Schünemann, 2010c:467.

⁶³¹ Indicando a relevância dessa aproximação institucional, decorrente de uma mudança de cultura, v. Cartuyvels, 2011:121. Na Inglaterra, há recomendação para reuniões periódicas entre promotores e policiais: J. Jackson, 2011:156.

⁶³² Esse tema é controvertido na jurisprudência brasileira. Na doutrina, A.S. Fernandes, 2002:142, defende que “o promotor será a autoridade coatora quando requisitar a instauração do inquérito e apontar o provável autor do fato

Por exemplo, quando um delegado de polícia recebe um mandado de prisão ele possui apenas uma opção: deve envidar todos os esforços necessários para cumprir essa ordem. Não lhe cabe adentrar nas razões que justificaram a decretação da prisão, a efetiva presença dos requisitos autorizadores ou sua conveniência processual, pois, para todos os efeitos, ele está apenas cumprindo uma ordem judicial, a autoridade coatora será o juiz que expediu a ordem de prisão. É claro que, como o cumprimento de qualquer ordem no âmbito do direito público, ela está sujeita a uma análise de manifesta ilegalidade. Imaginemos algumas situações: um juiz decreta a prisão preventiva do presidente da República, ou decreta a prisão em estabelecimento penitenciário comum de menor de 18 anos; essas ordens seriam manifestamente ilegais (no primeiro caso, por impossibilidade de prisão preventiva e por incompetência, conforme art. 86, § 3º, e art. 102, I, “b”, ambos da CRFB/1988, e no segundo, ante a inimputabilidade e à vedação de internação em conjunto com maiores, conforme art. 228 da CRFB/1988 e art. 123 da Lei n.

delituoso, pois estará realizando ato de imputação”. Em sentido semelhante: Nucci, 2008:86. Ainda nesse sentido, em caso em que o Ministério Público requisitou a instauração de IP por suposto fato atípico (procuradores do INSS deixaram sistematicamente de recorrer contra sentenças desfavoráveis ao INSS), o STJ entendeu que a ilegalidade na instauração do IP foi praticada pelo Ministério Público, não pelo delegado de polícia: STJ, HC 3.891/DF, rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., j. 6 nov. 1995, DJ 11 dez. 1995, p. 43234. Ainda assim, nesse precedente específico, parece-nos que o arquivamento das investigações foi prematuro, pois era efetivamente possível que houvesse uma irregularidade na situação a justificar um aprofundamento nas investigações diante de situação tão inusitada (v.g., uma evolução do patrimônio dos investigados incompatível com seu salário poderia demonstrar eventual envolvimento com atividades de corrupção). Já em sentido contrário, entendendo que se o Ministério Público requisita o IP e o delegado o instaura, inclusive praticando outros atos – como o indiciamento – a autoridade coatora seria o delegado de polícia e não o Ministério Público: STJ, HC 15.211/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 19 abr. 2001, DJ 18 fev. 2002, p. 502. Em sentido semelhante, para o caso de o Ministério Público apenas requisitar instauração do inquérito sem indicar suspeito e o delegado realizar o indiciamento, defendendo que a autoridade coatora seria o delegado de polícia e não o Ministério Público: Greco Filho, 1991:453. Há posições antigas para os dois lados pelo STF, antes da CF/1988, entendendo que se o juiz requisitou a instauração de IP ao delegado de polícia, a autoridade coatora seria o Delegado (STF, 2ª T., RHC 64319, rel. Min. Celio Borja, j. 5 set. 1986, DJ 7 nov. 1986, p. 21557) e outra exatamente em sentido contrário (STF, 1ª T., RHC 62963, rel. Min. Rafael Mayer, j. 7 maio 1985, DJ 31 maio 1985, p. 18509).

⁶³³ Segundo Tourinho Filho, 2001:53, seriam hipóteses de admissibilidade de a autoridade policial deixar de cumprir uma requisição ministerial: “(a) se já estiver extinta a punibilidade; (b) se o requerimento não fornecer o mínimo indispensável para se proceder à investigação; (c) se a autoridade a quem for dirigido o requerimento não for competente; (d) se o fato narrado for atípico; (e) se o requerente for incapaz”. Em sentido semelhante: Nucci, 2008:84. Quanto à possibilidade de não atendimento de ordem ilegal, estabelece o art. A.7 da Declaração sobre a Polícia do Conselho da Europa (Anexo à Resolução n. 690 da Assembleia do Conselho da Europa): “nenhuma ação disciplinar ou criminal pode ser iniciada contra um funcionário de polícia que se tenha recusado a cumprir uma ordem ilegal”. Esse entendimento foi sufragado pelo STF no julgamento do RE 205.473/AL, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª T., j. 15 dez. 1998, DJU 19 mar. 1999; nesse caso, o membro do MPF requisitou diligências de investigação ao delegado federal, mas este respondeu informando que não seria possível atender à requisição pois as investigações envolviam autoridade com foro por prerrogativa de função e estariam centralizadas em Brasília e, portanto, o delegado não teria atribuições para investigar o caso e, mesmo ante essa explicação, o membro do MPF requisitou abertura de IP contra o delegado de polícia por crime de desobediência ou prevaricação, mas o STF (em sede recursal) determinou o trancamento dessa investigação contra o delegado, ao argumento de que se a requisição de diligências era flagrantemente ilegal não haveria justa causa para se investigar o delegado de polícia.

8.069/1990) e, portanto, nessa medida, poderia o delegado de polícia recusar o cumprimento à ordem manifestamente ilegal. Da mesma forma, a requisição de realização de uma diligência investigatória manifestamente ilegal exime o delegado de polícia da obrigação de cumpri-la; por exemplo, o Ministério Público requisita a realização de interrogatório mediante utilização de soro da verdade ou de polígrafo, ou o juiz autoriza o “uso moderado da força” durante o interrogatório de forma a permitir a “extração” da verdade de um terrorista (em outras palavras, autoriza uma “tortura *light*”, que não deixa de ser tortura, portanto manifestamente inconstitucional). Em todas essas situações, o caráter manifestamente ilícito da diligência requisitada impede o delegado de polícia de cumprir a requisição; inclusive, se cumprir uma requisição de diligência manifestamente ilegal, poderá ser responsabilizado pela participação (já que a obediência hierárquica exclui a culpabilidade apenas se não for manifestamente ilegal a ordem obedecida, conforme o art. 22 do CP).

Todavia, em todas essas situações, o espaço de análise da ilegalidade da ordem é limitado às situações de ilegalidade manifesta, perceptível de plano e sem grande complexidade interpretativa. Contudo, há um grande número de situações em que há uma controvérsia jurídica relativamente normal e inevitável na realização de diligências investigativas; nessas situações o espaço de solução das controvérsias não é a Delegacia de Polícia, mas o Sistema de Justiça Criminal. E o Sistema de Justiça Criminal é relativamente lento e flexível na sedimentação de suas orientações jurídicas, sendo possível que exista uma convivência de posições contraditórias até a finalização do processo de uniformização de entendimentos⁶³⁴. Assim, ainda que um tribunal estadual tenha um entendimento sobre determinada matéria, é possível que o STJ ou o STF venham posteriormente alterar esse entendimento, ou mesmo que o entendimento de uma turma de tribunal superior venha divergir do entendimento de outra turma até ser uniformizado internamente (pela 3ª Seção do STJ ou pelo Pleno do STF, ou ainda que entendimentos de maioria apertada sejam superados por uma alteração de composição do órgão fracionário). O fato é que, mesmo que a posição jurídica de um membro do Ministério Público ou de um juiz seja hoje minoritária, é perfeitamente possível que se torne posteriormente o entendimento dominante. Nesse contexto flutuante de sedimentação de entendimentos jurídicos, não cabe à autoridade

⁶³⁴ Essa situação de conflito de orientações não é desejável em termos de segurança jurídica, mas é relativamente inevitável, pois o binômio segurança jurídica e justiça estão em tensão constante, de sorte que um excessivo engessamento das possibilidades interpretativas do juiz em nome da segurança pode ensejar substancial redução da capacidade de realização da justiça do caso concreto.

policial inviabilizar a realização de diligências requisitadas pelo Ministério Público ou de mandados expedidos pelo juiz: cabe-lhe tão somente cumprir a requisição (deixando de lado sua eventual discordância pessoal com a opção interpretativa feita pelo requisitante) e deixar que a eventual impugnação ao entendimento ocorra no foro adequado: o Sistema de Justiça.

Nada impede que, havendo uma situação de dúvida razoável no caso concreto, a autoridade policial consulte a autoridade requisitante sobre a dúvida concreta (da qual, talvez, a autoridade requisitante não tenha se apercebido). Todavia, se apesar da chamada de atenção sobre uma possível situação jurídica controvertida, a autoridade requisitante insistir na requisição, caberá à autoridade policial tão somente cumprir a requisição. Vale lembrar que, nos termos do art. 129, VIII, da CRFB/1988, as requisições de diligências pelo Ministério Público devem ser fundamentadas, sendo essa fundamentação que assegura a legitimidade de sua requisição e a obrigação de atendimento pela autoridade policial. A divergência de posição jurídica há de ser solucionada na esfera judicial. Deve ficar claro nesse procedimento de solicitação de esclarecimentos que a autoridade policial não está se esquivando de cumprir a requisição ministerial, estará apenas procurando ajustar sua obrigação de cumprimento da requisição com a cooperação interinstitucional necessária para evitar ilegalidades não vislumbradas pela autoridade requisitante. Ainda assim, repise-se, tratar-se-á de uma consulta, não de uma informação de negativa de cumprimento da requisição (e o diálogo interinstitucional deve pautar-se pelo reconhecimento recíproco das funções constitucionais de cada órgão, sem vaidades, mas sim com responsabilidade funcional).

Imaginar o inverso seria permitir que o delegado se tornasse órgão de fiscalização do juiz e do Ministério Público e não um órgão de cumprimento das ordens judiciais ou requisições ministeriais. Sendo o Ministério Público uma “cabeça sem mãos”, pois suas mãos são a Polícia, se a Polícia deixa de cumprir as requisições ministeriais então se instala uma verdadeira “epilepsia processual”, pois a cabeça perde o controle dos membros⁶³⁵. Em síntese, não cabe à autoridade policial deixar de cumprir requisições de diligências feitas pelo Ministério Público com base em divergência de entendimentos doutrinários.

⁶³⁵ Fazendo essa analogia, ver Roxin, 2000:57.

Especificamente, no caso de diligências complementares, quando o IP já está relatado pela autoridade policial, mas o Ministério Público entende que há necessidade de novas diligências, não cabe ao delegado de polícia avaliar a conveniência das diligências e negar-se a cumpri-las ao argumento de que as diligências já realizadas seriam suficientes à propositura da ação penal⁶³⁶. Imaginar que o delegado poderia fazer isso significaria dizer que quem está realizando a *opinio delicti* é o delegado de polícia, não o Ministério Público, pois, a juízo do delegado de polícia, já é o caso de denunciar e não de continuar investigando. Nem mesmo o juiz pode indeferir a realização de novas diligências na fase das investigações, pois se trataria de uma interferência indevida da formação da *opinio delicti*⁶³⁷. O art. 16 do CPP, que prevê que a requisição de novas diligências apenas é cabível se elas forem imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, é uma norma de orientação da atuação institucional do Ministério Público, e deve ser interpretada em conjunto com o art. 129, I, da CRFB/1988, que estabelece que compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal (portanto, também de avaliar se as informações preliminares já são suficientes para a propositura da ação penal).

3.4.3.3 A configuração criminal da recusa de cumprimento de requisições ministeriais pelo delegado de polícia

Há precedente antigo do STJ entendendo que a recusa imotivada de um delegado de polícia de cumprir requisição ministerial de diligências (remessa de cópias de ocorrências) configura crime (sem esclarecer qual seria esse crime)⁶³⁸, e outro precedente mais específico admitindo que o não atendimento da requisição do Ministério Público para enviar cópia de documentos do IP, mesmo antes do término do prazo do IP, configura em tese o crime de prevaricação⁶³⁹. Posteriormente, essa posição foi temperada para se entender que, apesar de a autoridade policial ter obrigação de atender às requisições feitas pelo juiz e pelo Ministério Público, se há uma controvérsia jurídica razoável sobre a legalidade da requisição, então o seu não cumprimento imediato nessas circunstâncias não se amoldaria ao tipo penal de

⁶³⁶ Equivocado, portanto, o entendimento de R.C. Gomes, 2006 (delegado da polícia federal), ao entender que a autoridade policial não é obrigada a realizar diligências complementares requisitadas pelo Ministério Público se ela entender que elas não são necessárias. Esse entendimento acaba por transferir ao delegado a atribuição de formar a *opinio delicti*, o que não lhe pertence, é ato privativo do Ministério Público.

⁶³⁷ Ver comentários acima na subseção 3.2.2.

⁶³⁸ STJ, 5ª T., RHC 3.457/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, j. 18 abr. 1994, DJ 2 maio 1994, p. 10015.

⁶³⁹ STJ, RHC 1.695/MG, rel. Min. José Dantas, 5ª T., j. 24 jun. 1992, DJ 17 ago. 1992, p. 12506.

desobediência, devendo ser considerado apenas como uma falta funcional, a ser punida no âmbito disciplinar⁶⁴⁰.

A jurisprudência mais recente do STJ, contudo, inclinou-se por entender que funcionário público que descumpre ordem judicial responde pelo crime de desobediência⁶⁴¹. Há inclusive precedentes entendendo que se um funcionário público deixa de atender à requisição de informações expedida por um juiz, haverá o crime de desobediência⁶⁴². O argumento tradicional para a tipificação da conduta de desobedecer a ordens ou requisições judiciais é o de que não há, *in caso*, uma relação de dependência hierárquica a justificar a relação de funcionário público e,

⁶⁴⁰ STJ, RHC 6.511/SP, rel. Ministro Vicente Leal, 6ª T., j. 15 set. 1997, DJ 27 out. 1997, p. 54840. Registre-se que nesse caso havia um fator de complicação decorrente da interpretação da lei, pois o Ministério Público requisitou no âmbito de um termo circunstanciado que o delegado de polícia colhesse a representação da vítima, e o juiz endossou essa requisição, mas o delegado se recusou a cumprir a requisição ao argumento de que não lhe caberia realizar diligências de investigação suplementares em termos circunstanciados da Lei n. 9.099/1995. Diante de renovação da requisição sob as penas do crime de desobediência, o delegado de polícia impetrou HC perante o TJSP, que o indeferiu, mas o STJ, em sede de RHC, entendeu que não haveria crime, apenas a falta funcional. No caso do precedente referido, havia efetivamente uma divergência jurisprudencial, decorrente da recente Lei n. 9.099/1995, e por certo a inexistência de uma jurisprudência firme na época sobre a efetiva possibilidade de realização de diligências complementares no âmbito dos termos circunstanciados justificou a cautela do STJ em não permitir o prosseguimento do feito contra o delegado. Portanto, as razões da decisão não podem ser dissociadas de seus pressupostos fáticos concretos. O precedente apenas demonstra a necessidade de o policial efetivamente cumprir as requisições, pois o entendimento que se mostrou posteriormente dominante foi o de que era efetivamente possível realizar diligências de investigação complementares no âmbito de termos circunstanciados, ou seja, o delegado de polícia não deveria ter adentrado em tomar posições jurídicas em entendimentos então não sedimentados e ainda contraditórios. Ainda assim, esse entendimento do STJ é equivocado ao retirar por completo a executoriedade das requisições, pois sua generalização permitiria ao delegado de polícia exercer um juízo de conveniência sobre realização da diligência requisitada ela deixaria de ter o caráter de dever funcional, de uma ordem que não pode ser desobedecida, e passaria a ser mera discricionariedade, um conselho ou sugestão.

⁶⁴¹ Há diversos precedentes do STJ no sentido de que, se um funcionário público descumpre ordem judicial, ele responde pelo crime de desobediência, pois não haveria no caso uma relação de hierarquia a justificar a sua equiparação a funcionário público, mas sim uma obrigação geral das pessoas obedecerem às ordens judiciais. Conferir: “O funcionário público pode cometer crime de desobediência, se destinatário da ordem judicial, e considerando a inexistência de hierarquia, tem o dever de cumpri-la, sob pena da determinação judicial perder sua eficácia”. STJ, REsp 1173226/RO, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 17 mar. 2011, DJe 4 abr. 2011. Obviamente a lógica da argumentação desses precedente deveria ser a mesma para o caso da requisição, pois se o delegado possui o dever funcional de cumprir as requisições do Ministério Público e não o faz, o fato se equipara à desobediência de ordem judicial, pois aqui também há um dever de obediência e ambos integram estruturas públicas diversas, sem hierarquia (apesar de, no caso do relacionamento interinstitucional entre Polícia e Ministério Público, há ainda a agravante das relações de dependência interorgânicas entre os órgãos, expressa exatamente no dever de atendimento das requisições como uma relação ordinária entre Ministério Público e Polícia de investigação). Sobre a configuração do crime de desobediência em relação ao descumprimento de ordem judicial por funcionário público, ver ainda: STJ, CC 97.679/RO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª S., j. 5 dez. 2008, DJe 19 dez. 2008. STJ, REsp 556.814/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 7 nov. 2006, DJ 27 nov. 2006, p. 307. STJ, REsp 422.073/RS, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 23 mar. 2004, DJ 17 maio 2004, p. 267. STJ, HC 30.390/AL, rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, 5ª T., j. 3 fev. 2004, DJ 25 fev. 004, p. 200.

⁶⁴² STJ, RHC 13.964/SP, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 1 abr. 2004, DJ 31 maio 2004, p. 326.

portanto, que naquela situação concreta o funcionário público se equipararia a um particular, bem como que a não obediência à ordem judicial configuraria uma ofensa ao princípio da autoridade.

Todavia, o crime em comento não poderia ser qualificado na melhor técnica como delito de desobediência, previsto no art. 330 do CP. É que tal delito é perspectivado como um crime praticado por particular contra a administração pública. Se o crime é praticado por um funcionário público, no exercício de suas funções, que deixa de obedecer a uma requisição do Ministério Público ou a uma ordem judicial, em relação à qual não tinha liberdade de não cumprir, por ser um dever de ofício, tal conduta não deveria ser reconduzida à situação de um crime praticado por particular contra a administração pública, pois se trata de um desvio praticado por funcionário público contra interesse da administração pública (o dever funcional de cumprir decisões judiciais e requisições ministeriais)⁶⁴³. Nessa situação, o fato deve ser reconduzido à figura da prevaricação, que configura efetivamente uma situação de omissão na prática de ato que deveria praticar de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal⁶⁴⁴. A grande complicação aqui é esclarecer em que consistiria o interesse ou sentimento pessoal.

Como já delineado anteriormente, se a prática do ato é vinculada, não cabendo discussões pelo funcionário quanto à conveniência e oportunidade no cumprimento de uma requisição ministerial ou de ordem judicial, não há outra explicação possível para a recusa no cumprimento da requisição ou ordem. Presume-se, no caso, que algum interesse ou sentimento pessoal impediu o funcionário de cumprir a ordem. Exceto as situações excepcionais de ordem manifestamente ilegal (e não de divergência quanto a meros entendimentos jurídicos controvertidos), ou ainda de efetiva e absoluta impossibilidade concreta de cumprimento da requisição ou ordem, não há qualquer justificativa para se obstar o cumprimento da ordem judicial ou requisição ministerial. Nesse sentido já se manifestou o STF⁶⁴⁵:

⁶⁴³ Nesse sentido, afirmava já Hungria, 1944:420: “O crime de desobediência (art. 330 do CP) encontra-se no capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração e, portanto, não o caracteriza a contumácia de delegado de polícia que deixa de instaurar inquérito ou de realizar diligências requisitadas, pois o fez no exercício do cargo, na condição de funcionário público, e não como particular”.

⁶⁴⁴ Entendendo que a omissão de cumprimento de requisição do Ministério Público configura prevaricação: Rangel, 2009:96; Tourinho Filho, 2010(v.1):325.

⁶⁴⁵ STF, RHC 56.635-9/SC, rel. Min. Antonio Neder, rel. p/ ac. Min. Soarez Muñoz, 1ª T., DJ 22 abr. 1979. O voto vencido reconheceu que o crime era de prevaricação, mas deferiu a ordem ao argumento de que a denúncia descrevia desobediência e não prevaricação. O voto da maioria entendeu que era efetivamente prevaricação, mas que apesar de a denúncia descrever desobediência, seria possível realizar-se a *mutatio libelli* para alterar a acusação até antes da sentença.

Habeas corpus – Prefeito que se recusa a cumprir mandado de segurança. A recusa ao cumprimento de ordem judicial constitui fato do qual emerge a dedução necessária de que o agente assim procede para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, pois não há, em princípio, outra explicação para esse comportamento. “Não pode estar isento de dolo aquele que não cumprir a ordem do magistrado” (Javolenus, Lei n. 199). Ademais, as omissões da denúncia podem ser sanadas a todo tempo, antes da sentença final (art. 568 do CPP). Habeas corpus indeferido. Voto vencido.

Na verdade, as decisões do STJ de tipificar o não atendimento de requisições ou ordens judiciais como desobediência e não como prevaricação constituem apenas uma estratégia argumentativa para evitar o elemento subjetivo especial do tipo de “interesse ou sentimento pessoal”, sempre utilizado como uma válvula de escape para assegurar absolvições indevidas (já que a pena da desobediência é, inclusive, a metade da pena da prevaricação) e assegurar, enfim que haja um mínimo de efetividade nas ordens judiciais, pois, do contrário, haveria sempre o risco de as ordens judiciais caírem no vazio por ausência de uma sanção efetiva. Todavia, o mais correto tecnicamente seria considerar que há um vínculo funcional do autor com a administração pública que lhe impõe o dever de ofício de obedecer às ordens ou requisições, tanto do juiz quanto do Ministério Público, desde que não manifestamente ilegais, e que na violação injustificada desse dever de ofício há um interesse ou sentimento pessoal evidente, que independe de outras comprovações.

Quando um delegado de polícia deixa de cumprir uma requisição do Ministério Público de instauração de inquérito ou de realização de diligências, tendo já o Ministério Público indicado os fundamentos jurídicos de sua manifestação, conforme determina o art. 129, VIII, da CRFB/1988, está o delegado de polícia descumprindo seu dever de ofício (CPP, art. 13, II) e a única explicação possível para uma recusa dessas é um interesse pessoal, ou um sentimento pessoal de que não está obrigado a cumprir as requisições ministeriais.

Portanto, se o delegado de polícia dá por concluídas as investigações e lança seu relatório final, todavia, o Ministério Público entende que é necessária mais alguma diligência complementar, não cabe ao delegado de polícia negar-se a cumprir a requisição ministerial ao argumento de que as informações investigativas já são suficientes para o oferecimento da denúncia, pois o juízo de suficiência de lastro probatório para o oferecimento da denúncia não pertence ao delegado de polícia, mas ao Ministério Público. O mesmo ocorre quando o delegado de polícia traça uma linha de investigação, mas o titular da ação penal entende que essa linha de

investigação está inadequada e requisita outras diligências a serem realizadas. Nessas situações, se o delegado de polícia se recusa a cumprir a requisição, há um sentimento pessoal de não estar obrigado a cumprir as requisições do Ministério Público, um sentimento pessoal de ser titular do poder de formar *opinio delicti* e fazer o juízo de suficiência de informações investigativas para o ajuizamento da denúncia. Há o sentimento pessoal de achar que o delegado de polícia é independente, quando em verdade as leis processuais penais estabelecem uma obrigação de cumprimento de diligências requisitadas pelo Ministério Público. Há, enfim, um sentimento pessoal de o delegado de polícia achar que pode cumprir a função constitucional privativa do Ministério Público, o que configura de forma indubitável o crime de prevaricação. Não há outra explicação possível para uma recusa expressa do delegado de polícia em cumprir requisições do Ministério Público.

Na hipótese de o Ministério Público estabelecer prioridades investigativas, realizando uma requisição com prioridade sobre todas as demais requisições já feitas pelo Ministério Público, essa situação de preferência torna obrigatória a realização da diligência indicada como prioritária, de sorte que, se o delegado de polícia tem conhecimento inequívoco da diligência indicada claramente como prioritária e deixa de realizá-la, para cumprir outras requisições não indicadas como prioritárias, essa conduta também pode configurar a prevaricação, pois há violação de dever de ofício (realizar prioritariamente as diligências requisitadas com essa cláusula) e há um sentimento pessoal, consistente em sentir-se detentor da faculdade de não cumprir uma requisição ministerial, de eleger por si próprio quais requisições de diligências feitas pelo Ministério Público são prioritárias em relação a outras diligências⁶⁴⁶.

De qualquer sorte, ainda que se considere que a recusa de cumprir as requisições do Ministério Público não configura prevaricação, ainda restaria a sua tipificação como desobediência, na linha do entendimento já pacificado pelo STJ de que funcionário público pode praticar o crime de desobediência a ordem judicial, pois há um dever de cumprimento dessa ordem independentemente de argumentações. Todo o raciocínio argumentativo que justifica o crime de desobediência para a ordem judicial também vale para a requisição de diligências pelo

⁶⁴⁶ Nesse caso, parece-nos que a prova do sentimento pessoal exigiria comprovação que o delegado omisso realizou concretamente outras diligências não prioritárias em detrimento das prioritárias, ou seja, que tinha condições de ter cumprido a requisição prioritária, mas decidiu não cumpri-la, por seu sentimento pessoal.

Ministério Público (há dever de atendimento, fato nunca questionado pelo STJ). Portanto, em qualquer das duas hipóteses, fato atípico é que não será a conduta.

A punição administrativa não é medida suficiente para assegurar a executoriedade das requisições ministeriais, pois o corporativismo policial em regra impede a afirmação da vigência da obrigatoriedade de atendimento das requisições ministeriais. Infelizmente, é normal que as Corregedorias de Polícia apóiem as condutas de delegados quando elas se escudam em posições corporativas de suposta independência da Polícia contra ingerências externas, não sendo raros artigos pseudo-jurídicos de delegados que defendem abertamente que eles não são obrigados a atenderem às requisições do Ministério Público (seja porque o delegado considera que as diligências realizadas já são suficientes, seja porque há alguma controvérsia jurídica sobre o tema), mediante o arquivamento sumário das representações contra os delegados de polícia, em razão de claro corporativismo institucional (esse é geralmente um tema sensível ao corporativismo policial)⁶⁴⁷.

Numa situação em que a sanção administrativa se mostra concretamente inócua e inefetiva, outra solução não resta ao Ministério Público para assegurar a efetiva aplicabilidade das normas constitucionais e infraconstitucionais que determinam a obrigatoriedade de atendimento das requisições ministeriais. Portanto, deixar a executoriedade da requisição ministerial nas mãos da própria Polícia, no âmbito da punição disciplinar, significa em termos práticos anular a sua efetiva obrigatoriedade prática. Imaginar que não seja possível a responsabilização criminal, mesmo diante da reiterada omissão de responsabilização administrativa, seria como dizer que há obrigação mas não há sanção, o que em termos práticos retira qualquer eficácia da norma jurídica. E o direito constitucional não convive com normas inefetivas, ao contrário, o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais determina que, para que o art. 129, VIII, da CRFB/1988 tenha efetiva eficácia, que se interprete que o tipo penal do art. 319 do CP (prevaricação) abrange a conduta de deixar um delegado de polícia de cumprir, de forma reiterada, expressa e inequívoca, uma requisição ministerial de diligências investigativas ou de instauração de inquérito, fora da situação de ordem manifestamente ilegal.

⁶⁴⁷ Ver, v.g., R.C. Gomes, 2006, defendendo que o delegado pode não realizar diligências complementares requisitadas pelo Ministério Público quando entender que as diligências são desnecessárias, ou seja, que a prova já é suficiente para o ajuizamento da denúncia (isso segundo a *opinio delicti* do delegado de polícia...).

Não podemos deixar de reconhecer que, nas situações limítrofes de dúvida séria sobre a legalidade da requisição ministerial, lançada com fundamentação deficiente, em que o delegado de polícia acredita piamente na ilegalidade da ordem e por esse motivo não a cumpre, seria possível, em tese, reconhecer um erro de tipo, a excluir o dolo de desobedecer à requisição, pois a legalidade da requisição está contida na elementar do tipo “dever de ofício” (se a requisição é legal, há dever de cumpri-la, mas se a requisição é ilegal, não há dever de cumpri-la)⁶⁴⁸. Para tal, é sempre relevante que o Ministério Público indique expressamente os fundamentos jurídicos de suas manifestações. Se os fundamentos jurídicos estão bem lançados e não há uma dúvida séria, haverá efetivamente o crime de prevaricação, pois o delegado de polícia que não cumpre uma requisição em situação de dúvida razoável, mesmo após os esclarecimentos feitos pelo Ministério Público, é porque assume o risco de que sua postura seria ilegal, havendo, portanto dolo eventual sobre a legalidade da requisição, que é elementar do conceito de “dever de ofício”. A dúvida razoável deve ser objetiva, não subjetiva, e, ainda assim, deve ser séria o suficiente para incutir no delegado o fundado receio de ser responsabilizado por cumprir uma requisição ilegal⁶⁴⁹.

De qualquer sorte, o crime de prevaricação (ou o de desobediência) é uma infração penal de menor potencial ofensivo, em relação à qual será cabível a celebração de transação penal como forma de resposta menos gravosa à sanção penal tradicional, preservando a primariedade do autuado (Lei n. 9.099/1995, art. 76). Ademais, não se tratando de fato especialmente grave, havendo em audiência o reconhecimento do erro pelo autor do fato, com pedido de desculpas e devida admoestação sobre o procedimento correto sobre o seu efetivo

⁶⁴⁸ Em sentido semelhante, entendendo que se há requisição feita pelo Ministério Público para empresa de telefonia para encaminhamento de dados cadastrais de seus clientes de telefonia fixa independentemente de autorização judicial, e há uma controvérsia sobre se o Ministério Público possui ou não esse poder de requisição, então a negativa de cumprimento da requisição não configuraria o crime de desobediência, diante da dúvida sobre a legalidade da requisição: STJ, HC 130.981/RS, rel. MIn. Jorge Mussi, 5ª T., j. 25 nov. 2010, DJe 14 fev. 2011.

⁶⁴⁹ Ver o seguinte precedente: STJ, RHC 13.964/SP, rel. MIn. Felix Fischer, 5ª T., j. 1 abr. 2004, DJ 31 maio 2004, p. 326. Nesse caso, um juiz da Vara e da Infância e da Juventude expediu um ofício ao Conselho Tutelar, requisitando informações sobre as medidas protetivas de internamento de adolescentes, e o Conselho Tutelar, fundado em um parecer jurídico, afirmou que não caberia a ele prestar informações ao juiz por ausência de previsão legal; nesse caso o STJ entendeu que há crime de desobediência, bem como possível crime de prevaricação, pois não se pode permitir que uma requisição de informações feitas pelo juiz a uma autoridade pública fique sem ser atendida. Interessante observar que a desobediência, nesse caso, escudou-se em suposta divergência de entendimentos jurídicos, mas mesmo assim o STJ entendeu que há o crime, ficando implícito que o conselheiro tutelar que decide não obedecer à requisição do juiz está assumindo o risco de que sua interpretação subjetiva da lei esteja equivocada e, portanto, que possa vir a responder pelo delito de desobediência ou prevaricação.

dever de cumprimento das requisições de diligências investigatórias pelo Ministério Público, entendemos que tal situação pode configurar uma ausência de gravidade na omissão a não justificar a necessidade concreta de aplicação do direito penal, inclusive da transação penal (ou uma concessão de transação penal de mera admoestação)⁶⁵⁰. O importante nesse procedimento será a reafirmação da vigência da norma, ou seja, assegurar a consciência de que os delegados de polícia estão efetivamente obrigados a cumprirem as requisições de diligências feitas pelo Ministério Público, nos termos do art. 129, VII, da CRFB/1988, art. 7º, II, da LC n. 75/1933, e art. 13, II, do CPP.

3.4.3.4 Poder de requisição de diligências como manifestação de uma direção mediata das investigações

É menção corrente na jurisprudência que é vedado ao Ministério Público “assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial”⁶⁵¹.

Essa asserção genérica deve ser lida dentro de seus termos: considerando que, no sistema brasileiro, o inquérito é policial, ou seja, é instaurado e conduzido pela Polícia, não cabe ao Ministério Público, no sistema infraconstitucional atual brasileiro, realizar diretamente os atos do inquérito, ou seja, não é ele quem instaura o IP (mas pode requisitar a instauração do IP), não é ele quem lavra o auto de prisão em flagrante (apesar de poder ordenar a detenção em flagrante de uma pessoa e seu encaminhamento perante a autoridade policial, requisitando a lavratura de APF), não é ele, enfim, quem realiza diretamente ordinariamente os atos do IP (mas pode requisitar diligências a serem realizadas pelo delegado de polícia que está conduzindo o IP, e excepcionalmente poderá instaurar um procedimento investigativo próprio).

⁶⁵⁰ Trabalhamos aqui com a ideia de subsidiariedade do direito penal, ou seja, de “controle da criminalidade com o menor custo possível” (Silva Sanchez, 1999:39).

⁶⁵¹ STF, HC 94173, rel. Min. Celso De Mello, 2ª T., j. 27 out. 2009, DJe-223 de 26 nov. 2009. Nesse caso, o STF reconheceu que, apesar de não caber ao Ministério Público presidir o IP, é lícito ao Ministério Público desenvolver atividade de investigação própria, pois a função de polícia judiciária conferida às Polícias Civil e Federal não lhes atribuiria um monopólio de investigação, ao contrário, seria da essência da titularidade da ação penal ter o poder para, de forma suplementar, instaurar procedimentos investigatórios. Há precedente antigo do STF afirmando que o Ministério Público pode requisitar diligências e acompanhar pessoalmente o desenrolar das investigações, mas não poderia dirigir diretamente o IP, já que a autoridade que o faz é o delegado de polícia: STF, 2ª T., RHC 66176, rel. Min. Carlos Madeira, j. 26 abr. 1988, DJ 12 maio 1988, p. 11201. Em sentido semelhante, de que a presidência do IP pertence ao delegado de polícia, mas que o Ministério Público pode

Essa asserção não retira a regra geral de que o Ministério Público pode e deve ter uma participação ativa na investigação criminal. Nesse ponto, a diferença entre os países europeus (em sua maioria) é que o inquérito não é visto como policial, mas judicial (já que na maioria desses países os membros do Ministério Público são vistos como autoridades judiciárias). Assim, o inquérito é instaurado e conduzido pelo Ministério Público, que, todavia, ordinariamente, delega a realização de diligências à Polícia, bem como se admite que a Polícia se adiante e realize diligências urgentes mesmo sem uma delegação específica do Ministério Público. Assim, esse controle diretivo das investigações pelo Ministério Público, na maioria dos países europeus estudados, não poderia vincular inteiramente a ação policial, a ponto de não permitir à Polícia a iniciativa de investigação quando não há uma direção específica do Ministério Público.

Em termos práticos, o exercício do poder de requisição de diligências pelo Ministério Público à Polícia cria um instrumento de direção mediata das investigações pelo Ministério Público. Com efeito, o Ministério Público não está presidindo formalmente o IP, pois ainda será o delegado de polícia a praticar formalmente os atos investigatórios requisitados, mas, quando o Ministério Público requisita a realização de diligências à autoridade policial, estará o Ministério Público materialmente ditando os rumos da investigação, indicando quais diligências são relevantes, ao seu juízo, para formar a sua *opinio delicti*⁶⁵².

Poder-se-ia reconhecer aqui uma cumulação material das funções de direção das investigações, entre o delegado de polícia e o Ministério Público. A competência da Polícia consiste na possibilidade de ter iniciativa de ofício para a realização de atos investigativos até a presença de uma requisição do Ministério Público ditando os rumos da investigação. A competência do Ministério Público seria reconhecível por indicar o rumo das investigações a

realizar atividade investigativa própria paralela: STJ, 5a T., HC 125.580/RS, rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14 fev. 2011.

⁶⁵² Essa perspectiva não é inteiramente nova, pois já afirmava J.F. Marques, 2009(v.2):138, que “a remessa do inquérito policial a juízo transfere para os órgãos judiciários a direção imediata dos atos preparatórios que antecedem à propositura da ação penal”. Obviamente, essa assertiva deve ser lida à luz do sistema acusatório previsto na CRFB/1988, art. 129, I, que não permite ao juiz realizar atos de investigação, apenas ao Ministério Público é lícito realizar o controle externo da atividade policial na perspectiva de controle diretivo das investigações. Reconhecendo que o Ministério Público acaba por estabelecer o rumo das investigações em cada IP através de suas requisições de diligências: Duclerc, 2009:107; Santin, 2007:235. Ver especificamente M.P. Lima, 2008(v.1):148: “é na devolução direta do inquérito, com verdadeiro trabalho de orientação das investigações pelo Ministério Público, que se vislumbra um dos maiores efeitos práticos do dispositivo constitucional que defere o controle externo da atividade policial ao *parquet*”.

partir de sua intervenção no inquérito policial, mediante requisições de diligências que são de atendimento obrigatório pela autoridade policial. Ainda assim, a supremacia da manifestação final seria sempre do Ministério Público, pois ele é o *dominus litis* e a atividade de investigação é realizada para subsidiar a sua tomada de posição jurídica (supremacia que se manifesta no poder de encerrar uma investigação policial, seja por reconhecer a falta de provas e inviabilidade de linha investigativa, seja por reconhecer que os elementos colhidos já são suficientes para a propositura da ação penal).

Por outro lado, mesmo quando há requisições de diligências específicas pelo Ministério Público, não se pode negar à Polícia a possibilidade de também realizar outras diligências de investigação destinadas a esclarecer os fatos, seja na sequência da realização das diligências indicadas pelo Ministério Público, seja paralelamente com outros esclarecimentos que entender também convenientes ao titular da ação penal. Como lembra Boulloc, a realização de um ato de investigação pode fazer aparecer a utilidade de outro ato de investigação, não sendo conveniente que aquele que executa a requisição esteja atado de maneira excessivamente rígida a ponto de impedir-se a continuidade das investigações que são úteis àquele que realizou a requisição inicial⁶⁵³. O que não se pode aceitar é que a Polícia deixe de atender às requisições do Ministério Público para atuar exclusivamente na realização das diligências investigativas convenientes à linha investigativa que ela mesma entende mais relevante, pois, em última análise, a atividade de investigação é feita no interesse do titular da ação penal⁶⁵⁴.

3.4.3.5 Poder de estabelecimento de prioridades no cumprimento das requisições de diligências

Apesar de se reconhecer que o atendimento das requisições de diligências feitas pelo Ministério Público é obrigatório, não é usual ver-se situações em que um delegado de polícia afirma categoricamente que não irá cumprir uma requisição feita pelo Ministério Público (situações há, mas não são as mais ordinárias). A situação mais usual consiste em o delegado de polícia afirmar que não foi possível cumprir a requisição ministerial alegando excesso de trabalho

⁶⁵³ Boulloc, 2010:724, referindo-se à situação, na França, de requisição de diligências (*commission rogatoire*) pelo juiz de instrução à Polícia Judiciária.

⁶⁵⁴ Destacando que a iniciativa de investigação autônoma da Polícia após as requisições específicas de diligências pelo Ministério Público são paralelas e não alternativas (ou seja, pode cumprir as diligências do Ministério

e insuficiência de recursos humanos e materiais e, mesmo diante da reiteração da requisição ministerial, não cumprir a requisição sucessivamente pelos mesmos motivos. Aqui a situação é efetivamente mais complexa, pois a situação de sobrecarga de trabalho das Delegacias de Polícia no Brasil não é desprezível⁶⁵⁵. Apesar de ainda existir uma obrigação de atendimento à requisição, se a situação concreta impede o cumprimento da requisição, tal situação (ainda que haja uma má gerência dos recursos humanos e materiais da Polícia) não deve ser reconduzida à sanção criminal, já que esta é sempre a *ultima ratio*. Apenas poderíamos configurar efetivamente uma prevaricação se ficar comprovado que o delegado poderia ter realizado a diligência e dolosamente não a realizou, escudando-se numa aparente falta de condições para realizar a diligência.

O problema, nessa última situação de alegado excesso de trabalho e ausência de condições, passa pelo estabelecimento das prioridades investigativas. Ordinariamente, o delegado possui um grande número de inquéritos em andamento e também de requisições do Ministério Público de diligências a serem realizadas nos inquéritos que retornam à DP para continuidade das investigações. Diante de um grande número de investigações a serem realizadas e de uma realidade insuperável e em que inevitavelmente algumas das diligências investigativas não serão cumpridas a tempo, surge a necessidade imperiosa de estabelecer quais serão as prioridades e quem terá a atribuição de indicar ou reconhecer as prioridades. Caso não se estabeleçam prioridades, fatalmente a própria Polícia irá estabelecer suas prioridades organizacionais, normalmente guiada por critérios pulverizados derivados da subjetividade de cada policial, usualmente impregnados de valores da cultura policial, não necessariamente coincidentes com os valores do Estado de Direito⁶⁵⁶.

Público e também realizar outras, mas não pode deixar de realizar as diligências requisitadas pelo Ministério Público para apenas realizar outras que entende relevantes), ver D'Ambrosio e Vigna, 2003:154.

⁶⁵⁵ O problema da ineficiência policial é crônico em determinados estados. Nas palavras de Karc, 2004:208, determinadas DP's se tornam verdadeiros cemitérios de inquéritos. Documentando em pesquisa etnográfica que é ordinário que a Polícia não cumpra todas as diligências requisitadas pelo Ministério Público no prazo de conclusão do IP, ver A.T. Costa, 2010:202.

⁶⁵⁶ Sobre a prática da Polícia estabelecer suas prioridades organizacionais para selecionar os casos que terão sua preferência de atuação, ver Bayley, 2006:153-158. Sobre a necessidade de o Ministério Público ter poderes de expedir recomendações sobre as prioridades de investigação criminal, ver especificamente o item 22.a da Recomendação REC (2000) 19, de 6 out. 2000, do Conselho da Europa, sobre o papel do Ministério Público num Sistema de Justiça Criminal.

Antes de tudo, registre-se que a discussão que ora se trata não é relativa à possibilidade de não instaurar procedimentos de investigação, mas de, entre os vários procedimentos de investigação em curso, eleger quais terão tratamento prioritário em relação aos demais. Permitir que a Polícia deixe de instaurar um procedimento de investigação por razões de menor relevância em relação a outras situações significaria, no sistema brasileiro, permitir que a Polícia faça um juízo de conveniência sobre quais notícias de crimes serão repassadas ao Ministério Público, o que é absolutamente inconstitucional, pois permitiria que a Polícia suprimisse informações do Ministério Público, impedindo-o até mesmo de discordar das posições da Polícia (por falta de conhecimento das mesmas)⁶⁵⁷.

Estabelecer prioridades não significa realizar uma ilegalidade ou perseguições. Em verdade, o ideal seria que todas as investigações fossem feitas da forma mais célere possível, e concluídas dentro dos prazos legais. Todavia, se a realidade fática impede esse cenário ideal, se algumas investigações inevitavelmente deixarão de ser realizadas, então é legítimo que se estabeleçam os critérios objetivos para decidir quais diligências correrão o risco de terem uma concretização menos eficiente. Imaginar que não serão criados critérios objetivos significa apenas escamotear que ou os critérios serão subjetivos (da própria Polícia) ou, pior, não haverá qualquer critério, o que significaria uma atuação irracional em relação aos meios disponíveis para realizar a atividade investigatória. Trata-se de uma opção de política criminal de trazer para a legalidade as opções (explícitas ou implícitas, refletidas ou não refletidas) que são feitas nas brechas de discricionariedade. Aliás, o ingresso da política criminal nas soluções dogmáticas de direito penal não é qualquer novidade, sendo sua inserção no âmbito do direito processual penal (e especificamente aqui, no âmbito da investigação criminal) também uma necessidade de operação prática⁶⁵⁸. Essa discussão sobre quem e como se estabelecem prioridades não elide a outra

⁶⁵⁷ Podemos até discutir situações em que a Polícia deixe de instaurar um inquérito policial diante de uma notícia de crime mediante a comunicação dessa situação ao Ministério Público, para que o Ministério Público efetivamente realize o controle da legalidade dessa não instauração. Seria o caso, por exemplo, de situações de “quase-insignificância”, ou seja, possíveis situações controvertidas de configuração ou não do princípio da insignificância. Se há claramente o princípio da insignificância (furto de palito de fósforo), o delegado de polícia já está autorizado a não instaurar o IP, por manifesta atipicidade. Todavia, se há uma possível situação controvertida sobre a configuração ou não do princípio da insignificância, o correto seria o delegado de polícia comunicar tal situação ao Ministério Público, pois o efetivo titular da *opinio delicti* é o Ministério Público (ou seja, ainda que o delegado ache que a situação deveria ser considerada como insignificante, se o Ministério Público entender que não é, deve haver a instauração do IP). Ver sobre o tema discussão supra sobre o controle das notícias de crimes, na subseção 3.3.5.

⁶⁵⁸ Silva Sanchez, 2004:55-68, analisando especialmente o princípio da eficiência como expressão de justiça e sua relação com as possíveis garantias penais, tendo como limite os direitos fundamentais; Roxin, 2002, fala de uma

discussão paralela (mas não excludente), relativa a o que pode ser feito para agilizar as investigações, eliminar ou diminuir a ineficiência e evitar que haja investigações que não sejam realizadas por alegado excesso de trabalho⁶⁵⁹.

Quanto à fonte de definição das prioridades, o ideal é que seja a própria lei a prever quais investigações seriam preferenciais. Trata-se de uma opção de política criminal em eleger as prioridades de alocação dos recursos humanos e materiais da atividade policial, e o primeiro nível de legitimidade deveria ser dado pelo próprio legislador, legitimado pelo voto popular para estabelecer as políticas criminais⁶⁶⁰. É possível reconhecer alguns dispositivos legais que prevêm o estabelecimento de prioridades investigativas. Por exemplo, o art. 33, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), prevê que será garantido o direito de preferência no julgamento, perante as varas criminais, das causas de violência doméstica e familiar contra a mulher; ora, se há preferência para os julgamentos, o mesmo princípio também se aplica à fase das investigações, pois a lógica é exatamente a mesma: assegurar a celeridade no julgamento dessas causas, que normalmente possuem um elevado risco de reincidência diante do

unidade sistemática que une política criminal, direito penal e processo penal. A incorporação de soluções político-criminais está presente de forma inegável no âmbito do processo penal, especialmente nas soluções de diversão processual da resposta penal: ver genericamente sobre o tema, com amplo estudo de direito comparado: Fernandes, 2001. G.M. Silva, 2013:109-110, argumenta que a definição de prioridades na investigação criminal é um tema de política criminal, e que o correto seria, em primeiro plano, o próprio legislador definir as linhas gerais da política criminal. Portanto, incorporar critérios de política criminal às prioridades investigativas constitui tão somente assegurar que o sistema penal (na fase investigativa) seja eficiente em relação aos crimes considerados como mais relevantes e, se houve efetivamente impossibilidade de ser eficiente em casos concretos, que o seja em relação aos crimes considerados menos relevantes (evitando-se situações em que o sistema atue em casos de menor relevância e deixe de atuar nos casos efetivamente de maior relevância). Especificamente indicado que o Ministério Público deve eleger suas prioridades institucionais: Jatahy, 2007:80.

⁶⁵⁹ Ainda assim, virtualmente nenhum país do mundo tem condições de investigar cabalmente todas as infrações às suas leis. A seletividade é inerente ao funcionamento do Sistema de Justiça Criminal, cabendo tão somente verificar se ela será uma seletividade racionalmente controlada, ou uma seletividade irracional (ou com aberturas para espaços de discricionariedade subjetiva – *rectius*: arbitrariedades). O problema da não eleição de prioridades investigativas é um fator sério de agravamento do problema da seletividade não racional. Sobre a seletividade na atividade policial, ver: Dias e Andrade, 1997:443-470; Baratta, 101-116; V.R.P. Andrade, 2003:235-310.

⁶⁶⁰ Nesse sentido, em Portugal, a definição dos objetivos, das prioridades e das orientações em matéria de prevenção da criminalidade, de investigação criminal, de exercício regrado da ação penal, e de execução das penas e medidas de segurança é informado por uma Lei Quadro da Polícia Criminal (Lei n. 17/2006) que prevê diretrizes genéricas, bem como por leis bienais, que estabelecem prioridades específicas para cada dois anos (v.g., ver a Lei n. 38/2009, que estabelece os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biênio 2009/2011). Além do estabelecimento de prioridades para a atividade de prevenção e investigação criminal, a lei também estabelece diretrizes para o Ministério Público concretizar as opções de respostas alternativas ao processo (diversão processual), como os limites para o arquivamento em caso de dispensa de pena, as soluções de consenso processual, a mediação penal, e os casos de procedimentos simplificados para maior celeridade na resposta processual penal. Assim, apesar de o Ministério Público ser constitucionalmente encarregado de executar a política criminal portuguesa (CRP/1976, art. 219.1), é uma relevanciada legalidade na construção democrática dessa política criminal, v. Valente, 2013:204-213.

conflito familiar subjacente e da questão de gênero que favorece uma maior vitimização da mulher. O art. 3º, parágrafo único, I, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) prevê que os idosos terão direito a atendimento preferencial e imediato junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; assim considerando que a atividade de policiamento e também de investigação criminal são serviços públicos prestados à população, sempre que um idoso for vítima de crime ele terá preferência de atendimento, ou seja, a investigação do crime ligado à sua pessoa será preferencial (pela razão óbvia de que um idoso normalmente possui menor expectativa de vida que as demais pessoas, e portanto uma investigação criminal de seu interesse não pode aguardar vários longos anos, pois haveria o risco concreto de vir a falecer antes da conclusão das investigações).

O art. 227 da CRFB/1988 expressou o princípio da prioridade absoluta em se assegurar a proteção de crianças e adolescentes; isso significa que a investigação dos crimes praticados contra crianças e adolescentes também é prioritária em relação aos crimes praticados contra adultos em geral⁶⁶¹. De forma menos explícita quanto ao direito de prioridade de investigação, parece-nos que os crimes que mereceram um destaque especial no texto constitucional, com cláusulas especiais de inafiançabilidade ou imprescritibilidade ou inadmissibilidade de graça ou anistia (como o racismo, tortura, tráfico de entorpecentes, o terrorismo, os crimes hediondos, e a ação de grupos armados contra o Estado de Direito – cf. art. 5º, XLII, LIII e LIV da CRFB/1988) também merecem um destaque especial no âmbito da investigação criminal em geral, pois se são considerados crimes “especiais” pelo constituinte, diferenciados dos demais, é porque a repressão penal dos mesmos é eleita pela própria constituição como uma meta prioritária do Estado. Nessa mesma linha, o art. 13 da Convenção Internacional sobre Tortura estabelece uma obrigatoriedade de ser eficiente e célere na repressão

⁶⁶¹ Conferir: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. O princípio da prioridade absoluta no atendimento de crianças e adolescentes é justificado pelo fato de ainda se tratar de seres humanos em formação (física, psíquica, intelectual, moral e social), sem o desenvolvimento pleno de todas suas potencialidades, portanto mais vulneráveis, bem como por representarem as futuras gerações; sobre o tema ver Liberati, 1991:21. Registre-se que mesmo esse princípio da prioridade absoluta, apesar de ser um guia para as situações em geral, também está sujeito a restrições decorrentes do princípio da proporcionalidade, como todos os demais princípios constitucionais, pois entender de outra forma permitiria a situação inaceitável de investigar-se apenas os crimes praticados contra crianças, ainda que em colisão com outras situações de hipossuficiência ou de extrema gravidade (v.g., entre a investigação de uma lesão corporal leve contra uma criança e um atentado terrorista, esse último tem evidentemente uma prioridade concreta maior).

dos crimes de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, praticados por funcionários públicos (que em nossa visão abrange o abuso de autoridade⁶⁶²). O crime de racismo é constitucionalmente qualificado (como inafiançável e imprescritível) e a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (Decreto n. 65.810/1969) estabelece que devem ser tomadas medidas “imediatas e eficazes” (art. 7º) para eliminar “rapidamente” (preâmbulo) todas as formas de discriminação racial. Portanto, tais crimes mais graves, que possuem um mandado constitucional de criminalização, também merecem uma investigação prioritária⁶⁶³.

A análise das situações de presunção legal atualmente existentes no Brasil permite, portanto, a extração de três grupos possíveis de prioridade: (a) preferência diante da gravidade do crime (seja pela pena em abstrato, pela pelos valores constitucionais em jogo); (b) situação especial de hipossuficiência da vítima (crianças, adolescentes e idosos); e (c) situação de risco de reiteração de condutas criminosas (o caso da violência doméstica contra a mulher, que é um misto de hipossuficiência da vítima, presa nas representações sociais machistas que a amarram a uma posição de vítima inerte, e de presunção legal de risco de reiteração da conduta criminosa, diante do elevado número de reincidências nesse tipo de crime). A lógica desses princípios que estabelecem prioridades também podem ser generalizados a outras situações onde a mesma razão justificadora esteja presente.

Apesar de a lei atualmente prever apenas esses casos de preferência de investigação, é perfeitamente possível que seja necessário estabelecer outros parâmetros concretos de preferência ligados à política criminal concreta de determinada cidade ou região. É possível que um determinado “surto” de crimes ou aspectos concretos de um local determinado justifiquem uma necessidade político criminal de direcionar a força investigativa preferencialmente sobre determinadas áreas ou em relação a determinados crimes ou situações potencialmente criminógenas⁶⁶⁴. O ideal é que seja a lei a definir de forma sistemática as

⁶⁶² Ver comentários adiante, subseção 5.6.7.

⁶⁶³ Sobre os mandados de criminalização, v. por todos Feldens, 2005.

⁶⁶⁴ Assim, por exemplo, em Portugal, a Lei n. 38/2009, relativa às metas de política criminal para o biênio 2009/2011, incluiu como merecedores de prioridade para a prevenção e investigação os crimes praticados contra professores, médicos, profissionais de segurança pública e contra membros do Ministério Público e magistrados, diante da constatação de uma elevação desses crimes e de sua relevância para os valores democráticos, bem como manteve a preferência da persecução dos crimes que põem em causa a relação de confiança entre os cidadãos e o

diretrizes de política criminal para a definição de prioridades investigativas, pois tais opções derivam de uma opção política, ligada ao legislador democraticamente eleito. A questão que se recoloca aqui é: não tendo a lei eleito todas as prioridades concretas possíveis, quem terá competência para definir essas prioridades? Podemos discutir que a resposta a essa questão estaria entre o Executivo e o Ministério Público.

A direção pelo Poder Executivo consistiria em atribuir aos governantes a possibilidade de direcionarem a atuação da atividade de polícia de investigação. Quanto à atividade de polícia de segurança pública, não se questiona a possibilidade de o Executivo direcionar sua atuação, função que é própria do poder de governo, de estabelecimento das políticas públicas, entre as quais a de segurança pública. Assim, a política de prevenção criminal é executada primeiramente pelo próprio poder executivo⁶⁶⁵. Todavia, no âmbito da atividade de investigação criminal, a questão se torna mais complexa, pois permitir que a atribuição das prioridades de investigação, no caso de omissão legislativa, seja decidida de forma isolada pelo Executivo, implicaria afetar diretamente a titularidade da persecução penal que pertence ao Ministério Público. Significaria dizer que, apesar de a Polícia ter a obrigação de investigar todos os crimes, numa eventual necessidade de contenção do excesso de trabalho, as prioridades seriam dadas pela própria Polícia (por sua cúpula ou por seus dirigentes mediatos no âmbito do Poder Executivo), de forma a decidir que determinados crimes não seriam investigados ainda que o Ministério Público os considerasse mais relevantes, ou seja, o Executivo decidiria que determinado crime seria subtraído do Ministério Público (não se alocaria força de trabalho sobre o mesmo), em situação de evidente restrição da titularidade da ação penal.

Assim, concluímos que, se a titularidade da ação penal pertence ao Ministério Público e a atividade de investigação criminal executada pela Polícia é um procedimento realizado para viabilizar o exercício desse direito de ação penal, então, numa situação concreta, se for inevitável a eleição de prioridades investigativas e não houver outros critérios legais aptos a

Estado e afetam o bom funcionamento da economia, como o tráfico de influência, a corrupção, o branqueamento e ainda o peculato e a participação econômica em negócio, entre outros crimes ali indicados.

⁶⁶⁵ Moreno Catena, 1989:153, argumentando inclusive que tais escolhas político-criminais do Executivo estão sujeitas à posterior responsabilização perante o corpo eleitoral, enquanto os órgãos do Sistema de Justiça Criminal não possuem o mesmo nível de *accountability* política. Não afastamos aqui a necessidade de também o Ministério Público participar do diálogo de construção dessa política de segurança pública, na área preventiva, especialmente nas atividades ligadas à prevenção criminal que acabarão por ter inegável reflexo na posterior atividade investigativa.

orientar a situação, o poder primário de estabelecimento dessas prioridades investigativas será do Ministério Público, como decorrência lógica do poder de requisitar diligências investigativas (e, portanto, de estabelecer a prioridade de cumprimento entre as diversas diligências requisitadas)⁶⁶⁶. E, na ausência de uma definição concreta pelo Ministério Público dessas prioridades, retornaria subsidiariamente à própria instituição policial a possibilidade de fixar prioridades, enquanto instrumento ordinário de gestão de seus recursos humanos e pessoais. Essa definição de políticas criminais pelo Ministério Público não é nenhuma novidade, já que também existe quanto à definição das condições a serem cumpridas no curso de uma transação penal ou suspensão condicional do processo, bem como estão presentes na avaliação da presença ou não do princípio da insignificância (enquanto elemento de exclusão da tipicidade material) para fins de não exercício da ação penal.

Ainda assim parece-nos conveniente que a construção dessas soluções não seja unilateral mas multilateral, num diálogo constante entre Ministério Público e instituições policiais, bem como mediante a abertura do processo deliberativo a instrumentos de participação popular, num grande processo discursivo, que dará mais legitimidade às políticas públicas de segurança pública⁶⁶⁷. Um instrumento de institucionalização desse diálogo seria a obrigação de o Ministério Público elaborar relatórios periódicos de prestação de contas à comunidade sobre a forma de exercício dos poderes relacionados com o processo penal e suas opções político criminais⁶⁶⁸.

Quanto à operacionalização desse sistema de indicação de preferências investigativas pelo Ministério Público, podemos diferenciar a situação de realização de diligências não preferenciais, que entrariam na ordem cronológica de apresentação para

⁶⁶⁶ Nesse sentido, em Portugal, o PGR possui atribuição para acrescentar determinados crimes no rol legal de crimes considerados preferenciais, considerando a evolução dos fenômenos criminais violentos, organizados ou graves, de âmbito regional ou local (Lei n. 38/2009, art. 24.2 – Lei das Diretrizes de Política Criminal do biênio 2009/2011).

⁶⁶⁷ Sobre propostas concretas de gestão para a participação política no campo penal, no âmbito local e regional, especialmente destacando a relevância dos Conselhos Comunitários de Segurança enquanto canal privilegiado de direcionamento das políticas de segurança pública, ver Suxberger, 2010:203 *et seq.* Genericamente sobre a construção discursivo-deliberativa das políticas públicas, v. Habermas, 1997(v. 2):183.

⁶⁶⁸ Sobre a existência desse dever e sua incompatibilidade com a autonomia do Ministério Público, mas concretizador de seu diálogo com o Parlamento e com a comunidade, v. J.F. Dias, 2007; J.F. Dias, 2013:157-162; G.M. Silva, 2013:113. Trata-se de uma concretização da *accountability* sobre o próprio Ministério Público. Moura, 2013:189, argumenta que esse controle sobre o Ministério Público deve ser necessariamente um *soft control*, sob pena de desnaturar sua autonomia.

realização pelo delegado de polícia, e que, portanto, numa situação extrema de efetivo excesso de trabalho, seria razoável aceitar que não sejam feitas dentro do prazo assinalado em razão de diversas outras diligências ordinárias terem sido realizadas, bem como há as diligências estabelecidas pelo próprio Ministério Público como preferenciais sobre outras requisições de diligências solicitadas. Nessa última situação, se o Ministério Público requisita a realização de uma diligência indicando já expressamente a preferência dessa diligência específica sobre outras diligências requisitadas à Polícia (sendo indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações, e incluindo-se no conjunto de requisições do Ministério Público os IP's em retorno à DP para continuidade de diligências), então essa requisição possui efetivamente preferência sobre as demais.

Se a autoridade policial devidamente ciente da preferência que deve ser dada à requisição específica, deixa deliberadamente de atendê-la para dar preferência a outras requisições de diligências não preferenciais, ela estará novamente deixando de dar cumprimento deliberadamente a uma requisição ministerial por um sentimento pessoal, consistente em acreditar que ela possui a liberdade de escolher as preferências de realização do trabalho investigativo, dando preferência a algumas diligências não indicadas como preferenciais pelo requisitante em prejuízo de outras diligências já indicadas como preferenciais. Há, no caso concreto um interesse pessoal em não atender uma requisição específica, consistente em acreditar-se senhor absoluto da atividade de investigação. Permitir que um delegado de polícia deixe de cumprir uma requisição indicada como prioritária sob o argumento de excesso de trabalho é permitir que, em termos práticos, em uma Delegacia de Polícia sempre assoberbada (situação que infelizmente configura a regra geral no Brasil) ele sempre possa escolher quais requisições irá ou não realizar, acabando por tornar letra morta a obrigatoriedade de cumprimento de requisições ministeriais.

Obviamente, essa regra da obrigatoriedade do atendimento de requisições ministeriais indicadas como preferenciais em relação a outras requisições apenas é possível se o membro do Ministério Público efetivamente respeitar o caráter de excepcionalidade da diligência preferencial. Numa situação em que ordinariamente o membro do Ministério Público indica a maioria de suas requisições como preferenciais, ele acabará por transformar o excepcional em regra, retirando ele mesmo a natureza preferencial de sua requisição. Por exemplo, se em todas as

requisições de diligências feitas por um promotor de justiça com atuação perante o Tribunal do Júri, o requisitante sempre solicitar preferência no atendimento de suas diligências, ao argumento que os crimes dolosos contra a vida são sempre preferenciais, ou ainda que a investigação dos crimes contra a mulher são sempre preferenciais, ele não deixará o espaço para que, num caso concreto de investigação de crime doloso contra a vida, ou de violência doméstica, a diligência investigativa desse crime concreto tenha preferência em relação aos demais crimes. Se a investigação de todos os crimes for preferencial, então nenhum crime em específico é preferencial em relação aos demais. A requisição de preferência deve ser, portanto, reservada às situações de efetiva necessidade concreta em relação a outros crimes; por exemplo um crime no qual a vítima esteja correndo risco de novas agressões e há necessidade de formular um pedido de medida cautelar, um crime que está se aproximando da prescrição, um crime extremamente grave e de repercussão social em relação ao qual falta apenas uma última diligência investigativa para possibilitar o ajuizamento da ação penal, ou seja, justificativas concretas.

Nada impede que as preferências investigativas sejam estabelecidas mediante uma recomendação geral de ação feita pelo Ministério Público à Polícia. Recuperando as possíveis hipóteses de preferência estabelecidas pela própria lei (indicados acima), é possível imaginar possíveis critérios de escalonamento das preferências investigativas (em todas delas com uma preferência *a priori* e em tese, sem prejuízo de especificidades concretas):

(a) a investigação de crimes claramente mais graves tem preferência sobre a investigação de outros crimes claramente menos graves (v.g., um homicídio vs. uma lesão corporal, ou uma ação de uma quadrilha para roubos a mão armada a bancos vs. um roubo simples).

(b) a investigação de crimes nos quais a vítima ainda esteja em risco de vida atual possui preferência em relação a crimes nos quais não há um risco concreto e atual à vítima (v.g., uma extorsão mediante sequestro em andamento vs. um homicídio já consumado).

(c) a investigação de crimes com risco concreto de reiteração tem preferência sobre outros delitos sem risco concreto de reiteração (v.g., um estupro com características de ser crime serial vs. um estupro com características pontuais, ou ainda a ação de uma quadrilha para roubos reiterados a bancos vs. um roubo individual a um estabelecimento comercial, ou ainda

atos de violência doméstica com um conflito subjacente e uma lesão corporal praticada no curso de uma briga de bar).

(d) a investigação de crimes de gravidade mais próxima à dignidade da pessoa humana deve ter preferência sobre outros crimes contra bens, ainda que relevantes, mas menos próximos desse núcleo (v.g, um ato de violência doméstica contra a mulher com agressões físicas sérias e abalo psíquico considerável vs. um crime contra o patrimônio praticado sem violência física e sem elevado prejuízo para a vítima, como um furto de pequeno valor).

Esse último critério é sem dúvidas um dos mais complicados, pois a maioria dos crimes possui alguma relevância no âmbito da dignidade da pessoa humana. Apesar de ser reconhecível, por exemplo, que os furtos de pequeno valor são menos graves que os homicídios (pois, *a priori*, a vida vale mais que o patrimônio), não se pode dizer, de forma apriorística, que todo crime contra a integridade física seja mais relevante que os crimes contra o patrimônio, pois é perfeitamente possível que um crime patrimonial sem violência (um estelionato no qual uma família perdeu todos seus bens) seja mais grave que uma lesão corporal de diminuta gravidade (um arranhão no cotovelo da vítima ao cair ao chão), ou ainda que um crime de ameaça (ameaças sérias contra uma vítima que retiram totalmente sua paz de espírito e fazem antever um risco concreto e iminente à sua vida) seja mais grave que um crime patrimonial com ameaça (um roubo simples, sem emprego de arma, apenas com intimidação verbal, de um relógio, portanto sem outras consequências mais sérias para a vida da vítima). Não é possível, portanto, generalizações, sendo necessário sempre recorrer à análise do caso concreto e suas implicações para as relações de vida da vítima e da sociedade.

Esse escalonamento de preferências de investigação em abstrato permite apenas distinguir entre dois casos concretos situações de evidente ausência de prioridade de um em relação ao outro. Num grande número de situações, não será possível atribuir prioridades em relação a casos de elevada gravidade: não se pode dizer que a investigação de um estupro serial seja mais prioritária que a investigação de uma quadrilha a mão armada para prática reiterada de roubos a bancos, ou que da investigação de uma grande quadrilha de traficantes, pois todos são igualmente graves e lesam de forma igualmente séria a ordem pública – e a confiança do cidadão na sua expectativa de proteção pelo Estado. Portanto, tais situações de crimes igualmente graves em abstrato recaem todas numa regra geral de preferência em relação a infrações de menor

gravidade, mas sem possibilidade em abstrato de estabelecimento de preferências entre si. Ainda assim, seria possível o estabelecimento de preferências em concreto, se, por exemplo, o esclarecimento de um estupro serial depender apenas de uma diligência (o confronto do material genético do sêmen extraído da vagina da vítima com amostras genéticas de um suspeito concreto) enquanto a investigação de uma ação de quadrilha armada estiver apenas em fase embrionária sem linha de investigação muito clara (nesse caso, possibilitar uma ação pontual para concluir a investigação de um crime grave e já possibilitar medidas concretas de proteção da coletividade numa situação de potencial reincidência é preferencial em relação a diligências ainda exploratórias das possibilidades de explicação de um crime, ainda que também grave).

Em síntese, o Ministério Público pode indicar à Polícia suas preferências de cumprimento das diversas requisições de diligências investigativas (aí incluídos os IP's em retorno à DP em razão de diligências requisitadas pelo Ministério Público). Para preferências em abstrato, o instrumento adequado para externar a diretriz genérica (à mímica de indicação na própria lei de outras preferências legais) é a recomendação (LC n. 75/1993, art. 6º, XX). Para preferências em concreto, o instrumento adequado para externar a recomendação é a requisição de diligências indicando a preferência (CRFB/1988, art. 129, VIII, 1ª parte e LC n. 75/1993, art. 7º, II). Para ambas as manifestações, será sempre essencial a indicação dos fundamentos jurídicos da manifestação ministerial (cf. CRFB/1988, art. 129, VIII, *in fine*).

3.4.3.6 A autonomia técnica e tática da Polícia

Apesar de a Polícia atuar sob a dependência funcional do Ministério Público, expressa no dever de o Ministério Público acompanhar as atividades policiais, de poder requisitar diligências investigativas, de a Polícia estar obrigada a cumprir as diligências requisitadas pelo Ministério Público e de o trabalho policial ser, em última análise, direcionado à atuação do Ministério Público, com o Ministério Público decidindo sobre o destino do trabalho policial (arquivamento, novas diligências ou denúncia), apesar de todas essas relações de dependência, a Polícia possui autonomia técnica e tática para cumprir as requisições do Ministério Público, de forma a assegurar o cumprimento eficaz dessas requisições.

Portanto, autonomia técnica e tática da Polícia não significa liberdade para decidir se haverá ou não o cumprimento das diligências requisitadas pelo Ministério Público. Elas

são de atendimento obrigatório. Essa autonomia significa um conjunto de saberes derivados do exercício continuado da atividade policial (técnica policial) necessários a assegurar a eficiência da diligência policial. Nesse ponto, é útil a recorrer à definição legal de autonomia técnica e tática da Polícia dada pelo art. 2.6 da Lei n. 48/2008 de Portugal (Lei de Organização da Investigação Criminal), conferir: “A autonomia técnica assenta na utilização de um conjunto de conhecimentos e métodos de agir adequados e a autonomia tática consiste na escolha do tempo, lugar e modo adequados à prática dos atos correspondentes ao exercício das atribuições legais dos órgãos de polícia criminal”.

Em primeira linha, a autonomia significa uma liberdade inicial de direção da atividade investigativa para preservação das informações até orientação diversa pelo Ministério Público⁶⁶⁹. Ademais, se o Ministério Público requisitar a realização de uma reprodução simulada dos fatos com determinadas testemunhas para esclarecer determinados pontos divergentes, a forma de realização dessa reconstituição dos fatos será uma questão de técnica policial, abrangida pela autonomia técnica da Polícia. Se for requisitada a realização de um interrogatório de determinado suspeito, a forma de conduzir o interrogatório, a ordem das perguntas, isso estará abrangido pela autonomia técnica da Polícia (respeitados os parâmetros legais, não podendo as técnicas de interrogatório escamotear verdadeiros atentados à liberdade de autodeterminação do investigado, bem como realizando-se obrigatoriamente as perguntas eventualmente requisitadas pelo Ministério Público). Todavia, poderá validamente o Ministério Público indicar quais perguntas considera relevantes serem formuladas, quais fatos específicos devem ser esclarecidos, e poderá até mesmo acompanhar diretamente o interrogatório conduzido pela autoridade policial. Se for requisitada a realização de uma busca domiciliar, a forma de ingressar na casa, para assegurar a proteção dos policiais e a melhor forma de recolher as evidências é uma questão de tática policial, afeta à sua autonomia.

Se uma requisição de diligências feita pelo Ministério Público colidir com a finalidade de prevenir a ocorrência de perigos, numa situação imediata, a Polícia terá a autonomia para decidir sobre como prevenir o perigo, e eventualmente dilatar o cumprimento da requisição ministerial para prevenir esses perigos. Krey ilustra com um exemplo que ocorreu na Alemanha: um grupo de manifestantes inicia um ato de vandalismo contra um edifício, atirando pedras,

⁶⁶⁹ Calado, 2009:101-107, destacando a erosão que o sistema português da dependência funcional tem sofrido.

alguns policiais são feridos e a Polícia recua, um promotor X chega ao local e requisita à Polícia que os autores dos ataques sejam presos, o chefe de polícia Y argumenta que não é possível prender os atacantes, pois é necessário administrar o efetivo policial para a segurança do edifício. Nessa situação, o dever de prevenir perigos imediatos possui uma prevalência sobre o dever de obedecer às requisições do Ministério Público⁶⁷⁰. Esse é um exemplo extremo, todavia em casos ordinários de algum risco moderado, inerente à atividade policial, as requisições ministeriais ou ordens judiciais não podem ser recusadas, sob pena de se tornarem inócuas (v.g., o risco ordinário de cumprir um mandado de busca domiciliar numa área de elevada criminalidade).

Não é possível ao Ministério Público indicar de ante-mão se uma diligência poderá ou não utilizar-se de armas de fogo, pois a necessidade dessa utilização é uma questão tática afeta à instituição policial, especialmente ao reconhecimento da necessidade e proporcionalidade à luz da evolução da situação concreta (mas sempre passível de controle *a posteriori* pelo Ministério Público)⁶⁷¹. Também não cabe ao Ministério Público requisitar a diligência a um policial específico, mas à instituição policial, a qual indicará qual policial de seus quadros cumprirá a diligência⁶⁷². Essa autonomia técnica e tática é especialmente sensível quando uma diligência policial envolver riscos para terceiros e estiver em causa, concomitantemente com uma diligência investigativa, também uma diligência para a prevenção de ocorrência de um perigo de dano⁶⁷³. O respeito desses limites no relacionamento interinstitucional entre Ministério Público e Polícia é essencial para a que Polícia tenha condições de realizar com eficiência sua atividade.

Ainda que se reconheça a liberdade técnica e tática da Polícia, essa liberdade não é absoluta, pois ainda assim está limitada pelas balizas legais que regem sua ação, e sua discricionariedade está informada especialmente pelos princípios constitucionais, em especial pelo princípio da proporcionalidade, da igualdade, impessoalidade, racionalidade e finalidade

⁶⁷⁰ Krey, 2009:99-101.

⁶⁷¹ Krey, 2009:101.

⁶⁷² Gössel, 1996:627.

⁶⁷³ Schünemann, 2010c:468, dá um exemplo: se ocorre um sequestro e o sequestrador está na posse do refém, a decisão sobre o que fazer para salvar o refém é uma decisão que compete primariamente à Polícia, ainda que a evolução da medida envolva colateralmente o esclarecimento da identidade do sequestrador. Assim, se um membro do Ministério Público está presente na cena, ele não possui o poder de requisitar uma ação policial concreta, a qual está subordinada ao *savoir-faire* da tática policial de prevenção de perigos (salvamento de refém) e não de elucidação de investigações. A lógica aplica-se também às diligências policiais externas no que tange à prevenção de perigos, como buscas domiciliares, revistas pessoais, ou a inspeção de local de crime.

pública⁶⁷⁴. Portanto, v.g., havendo duas possíveis técnicas de intervenção a serem realizadas, sendo uma menos intrusiva que a outra e ambas igualmente eficientes, o princípio da necessidade impõe a utilização da técnica menos intrusiva. Isso significa que, mesmo havendo tal autonomia técnica e tática para eleger concretamente qual medida de polícia é a mais adequada ao caso concreto, há uma *responsabilidade operacional*, de sorte que as escolhas formuladas pelos policiais na situação concreta deve ser devidamente fundamentadas e estão submetidas à fiscalização posterior pelo órgão de controle externo da atividade policial⁶⁷⁵.

Assim, cabe ao Ministério Público apenas lembrar à Polícia a necessidade de obediência a determinados padrões legais e principiológicos de atuação diante de situações hipotéticas (indicação da pauta normativa cogente), mas a atribuição para reconhecer se situação fática prevista na pauta normativa é de quem está concretamente realizando a diligência, não podendo o Ministério Público antecipar-se à evolução dos fatos concretos quando eles não são previsíveis. Nesse âmbito de evolução de situações fáticas imprevisíveis, há uma reserva de autonomia para a “interpretação fática” à Polícia. Ainda assim, compete ao Ministério Público fiscalizar se a Polícia está adequadamente aparelhada com instrumental técnico adequado a fazer frente às possíveis situações usualmente previsíveis, para poder fazer frente a tais situações de forma adequada, nos termos da pauta normativa.

Na hipótese de investigações altamente especializadas, em que virtualmente a própria definição da linha investigatória é dependente de um saber altamente especializado (v.g., crimes informáticos, crimes médicos, crimes contábeis *etc.*), a construção da direção da investigação será um elemento inerente à autonomia tática policial. Todavia, essa autonomia não exime a Polícia de fundamentar racionalmente o porquê das linhas eleitas, permitindo ao Ministério Público compreender e avaliar as razões que determinaram as escolhas e lhe

⁶⁷⁴ Sobre as limitações à discricionariedade quanto à eleição da melhor consequência jurídica a determinada situação típica de medida de polícia, ver acima, item 2.3.6.2.

⁶⁷⁵ Sobre a responsabilidade operacional, Jones, 2008:703, dá notícia de que antigamente havia na Inglaterra um conceito de *constable independance* (casos ingleses *Fisher vs. Oldham Corporation*, 1930, e *R. vs. Chief Constable of Sussex ex parte International Traders Ferry Ltd*, 1995), mas esse conceito foi progressivamente substituído pelo de *operational responsibility*, no qual os dirigentes das operações policiais tem autonomia para tomar suas decisões, mas elas estão submetidas a rigorosas revisões *post hoc* pelos órgãos de controle externo, o que combina direção prospectiva pela Polícia com uma *retrospective answerability* perante os órgãos de controle externo. Ver ainda Seneviratne, 2004; Cuadrado Salinas, 2010:223-231.

permitam, assim, realizar o controle processual da direção das investigações e, sendo necessário, corrigir eventualmente os rumos da investigação⁶⁷⁶.

3.4.4 Participação obrigatória do Ministério Público nas perícias sempre que não forem urgentes

Como uma das decorrências da titularidade da ação penal pelo Ministério Público, deve-se reconhecer à Polícia o dever de não atuar de forma a restringir definitivamente as possibilidades de escolhas futuras do Ministério Público⁶⁷⁷. Isso significa não apenas evitar emitir juízo de valor que ingresse em formação de *opinio delicti* e fragilize a futura tese do Ministério Público (aspecto especialmente sensível no âmbito dos processos ligados ao Tribunal do Júri, em que opiniões favoráveis à defesa podem ser exploradas retoricamente perante os jurados). Significa também permitir que o Ministério Público tenha a possibilidade de intervir na formação de uma prova cautelar, especialmente as perícias irrepetíveis, exceto as situações de urgência em que essa participação seja impossível. Portanto, o art. 159, § 3º, do CPP, introduzido pela Lei n. 11.690/2008, que prevê que “Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico”, impõe a interpretação de que, sempre que for possível (ou seja, sempre que a realização da perícia não for urgente), deve a Polícia comunicar ao Ministério Público a realização da perícia, para que o Ministério Público, se quiser, possa indicar os quesitos para a perícia (conforme prevê o dispositivo) ou, eventualmente, acompanhar a realização da perícia (conforme permite o art. 7º, II, *in fine*, da LC n. 75/1993).

Talvez se viesse a argumentar que referido dispositivo apenas prevê a possibilidade de participação do Ministério Público na perícia quando da sua realização em juízo, estando esse dispositivo excluído de aplicação na fase investigativa. Essa interpretação, todavia, seria equivocada e a conclusão da possibilidade de participação do Ministério Público na realização da perícia pode ser retirada por uma interpretação literal, sistemática e teleológica do dispositivo. Em termos literais, o artigo fala da participação do assistente da acusação e do ofendido. O assistente da acusação corresponde à vítima (ou seus sucessores) nas ações penais

⁶⁷⁶ Indicando esse aspecto, v. J. Almeida, 2001:52-53. Obviamente, o problema não elide a hipótese de o próprio membro do Ministério Público possui uma especial qualificação na área de investigação, que já lhe permita discernir as linhas de investigação necessárias e afastar as linhas desnecessárias.

públicas quando requer sua habilitação nos autos (art. 268), portanto apenas possui lugar na ação penal. Se o ofendido não se habilitou como assistente da acusação, não poderá participar da formação probatória na ação penal, ou seja, não poderá requerer indicação de quesitos. Portanto, quando o dispositivo indica que o ofendido poderá indicar quesitos, está referindo-se necessariamente ao ofendido na fase das investigações (quando ainda não poderia habilitar-se como assistente do Ministério Público). A previsão de que é possível a indicação de quesitos para perícia pelo assistente da acusação e pelo ofendido implica dizer que o mesmo sujeito (a vítima) pode participar nessa diligência, na fase ação penal e também na fase da investigação. Em termos de interpretação sistemática, essa conclusão também é extraível da comparação com o seguinte § 5º do mesmo artigo, que fala em “durante o curso do processo judicial”, indicando que os parágrafos anteriores referiam-se genericamente à perícia na fase das investigações.

Finalmente, a interpretação teleológica justifica essa conclusão, pois a finalidade do dispositivo é assegurar a possibilidade de uma maior participação das partes na realização da perícia, já que a grande maioria das perícias feitas na fase das investigações acaba sendo irrepetível em juízo e, portanto, permitir às partes que participem da perícia em juízo mas negar essa possibilidade na perícia na fase das investigações seria tornar virtualmente letra morta a possibilidade de acesso à formação da futura prova. Todos esses argumentos associados à função de controle externo da atividade policial desenvolvida pelo Ministério Público, que tem como um de seus fundamentos assegurar a indisponibilidade da ação penal, nos termos do art. 3º, “d”, da Lei n. 75/1993 (ou seja, assegurar que o resultado positivo da futura ação penal não seja frustrado no desenvolver da atividade de investigação), também indica no sentido de que o art. 159, § 3º, do CPP estabelece a obrigatoriedade de comunicar o Ministério Público, a vítima e o possível investigado sobre a realização de uma perícia não urgente, para que tais sujeitos possam, se quiser, indicar quesitos para essa perícia e, especificamente o Ministério Público, acompanhar a realização da diligência.

Podemos dizer que o referido art. 159, § 3º, do CPP alterou a lógica das perícias: em regra, a perícia deve ter a participação do Ministério Público e das partes (vítima e

⁶⁷⁷ Destacando esse aspecto: D’Ambrosio e Vigna, 2003:148.

investigado), apenas excepcionalmente não haverá a participação desses em situações em que a urgência na realização da perícia impeça a devida comunicação⁶⁷⁸.

Para que se viabilize o exercício dessa prerrogativa legal, o Ministério Público deve ser comunicado do estágio das investigações e das circunstâncias que envolvem a perícia. A comunicação é obrigatória para que o Ministério Público tenha conhecimentos dos elementos fáticos relevantes para a elaboração da perícia, de forma a ter elementos a subsidiar a formulação de seus quesitos. Tal situação imporá um dever de comunicação da Polícia ao Ministério Público sobre a necessidade de realização de uma perícia, mesmo que antes de expirar o prazo de conclusão do IP. E mesmo que não haja um investigado individualizado (e, portanto, a participação da defesa não seja viável), permanece essa obrigação de participação do Ministério Público na perícia, pois ela decorre de sua titularidade da ação penal⁶⁷⁹.

Por outro lado, ainda que a perícia seja urgente e sua realização seja determinada de ofício pela Polícia sem a prévia participação do Ministério Público, há uma obrigação de imediata comunicação ao Ministério Público da realização da perícia e dos resultados obtidos, para que se possibilite uma pronta intervenção do Ministério Público na formulação de quesitos complementares. Isso porque em muitas situações a intervenção complementar do Ministério Público ficará totalmente inviabilizada se houver um grande lapso de tempo entre a realização da perícia e a formulação dos quesitos complementares, especialmente se houver necessidade de nova inspeção de local ou caso se trate de materiais periciados perecíveis. Essa obrigatoriedade de pronta intervenção do Ministério Público no acompanhamento das perícias, mesmo em situação de perícia não urgente, é uma expressão desse princípio mais geral de obrigatoriedade da participação do Ministério Público nas perícias realizadas na fase investigativa.

⁶⁷⁸ Em Portugal, a realização de perícias pela Polícia sem a participação imediata do Ministério Público apenas é possível se elas tiverem a característica de serem atos necessários e urgentes, estando sujeita a posterior convalidação pelo Ministério Público (CPP português, art. 249.2.a). Havendo possibilidade de intervenção do Ministério Público, o ordem para a realização da perícia (com as respectivas diretrizes) deve ser dada pelo Ministério Público, sob pena de nulidade da perícia; ver: Albuquerque, 2009:650. Na Itália, a realização de perícias técnicas não repetíveis é em verdade um ato privativo do Ministério Público, sendo possível que a Polícia a realize apenas em situações de urgência: art. 360 do CPP italiano. Ver D'Ambrosio e Vigna, 2003:155.

⁶⁷⁹ Registre-se que o art. 5º, VIII, da Resolução n. 20/2007 do CNMP estabelece que caberá ao Ministério Público, no exercício de sua função de controle externo da atividade policial: “ter acesso aos relatórios e laudos periciais, ainda que provisórios, incluindo documentos e objetos sujeitos à perícia, guardando, quanto ao conteúdo de documentos, o sigilo legal ou judicial que lhes sejam atribuídos, ou quando necessário à salvaguarda do procedimento investigatório”.

Finalmente, em muitas situações, é possível que casos ordinários já permitam que se antevejam quais são as diligências ordinárias a se realizar para a investigação de determinados crimes de esclarecimento mais simples. Nessas situações, nada obsta que o Ministério Público edite uma recomendação genérica, para que sempre que se esteja diante de determinadas situações, a Polícia realize determinadas diligências de investigação, ou formule determinados quesitos, dispensando, assim, o envio de cópias de peças antes da realização da diligência (sendo apenas comunicado ao seu término).

3.4.5 Poder de suplementação direta das investigações

O poder de suplementar investigações policiais é uma derivação do próprio poder de investigação do Ministério Público, que por sua vez deriva da titularidade da ação penal pública e do poder de controle externo da atividade policial. Esse poder nunca foi questionado pela doutrina, tendo sempre se admitido a possibilidade de o Ministério Público, por exemplo, ouvir testemunhas que entender relevantes durante o prazo do oferecimento da denúncia⁶⁸⁰. Também está expresso no art. 47 do CPP, relativo ao poder de requisitar documentos a órgãos públicos após o recebimento dos autos do IP. Esse poder também abrange o poder de eventualmente confirmar determinadas informações recolhidas pela Polícia, de forma a assegurar a certeza necessária para a decisão de acusação ou não-acusação. Esse poder de suplementação ou confirmação, ainda que não ordinariamente exercido, deveria naturalmente gerar uma maior motivação à Polícia para realizar um trabalho fidedigno, diante da possibilidade de eventual questionamento⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ Admitindo a continuidade de diligências investigativas complementares durante o período de manifestação do Ministério Público: Mirabete, 2002:95. Admitindo especificamente a realização de diligências investigativas suplementares pelo Ministério Público, conferir precedente do STF: “A CF de 1988, ao reger as competências do Ministério Público, o fez sob a técnica do reforço normativo. Isso porque o controle externo da atividade policial engloba a atuação supridora e complementar do órgão ministerial no campo da investigação criminal. Controle naquilo que a Polícia tem de mais específico: a investigação, que deve ser de qualidade. Nem insuficiente, nem inexistente, seja por comodidade, seja por cumplicidade. Cuida-se de controle técnico ou operacional, e não administrativo-disciplinar”; STF, 2ª T., HC 97.969, rel. Min. Ayres Britto, j. 1º fev. 2011, DJE 23 maio 2011. Ver ainda: STJ, RHC 10.225/DF, rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., j. 3 abr. 2001, DJ 24 set. 2001, p. 342.

⁶⁸¹ Nesse sentido, no contexto estadunidense: Finn, 2001:101. Argumentando no contexto português, que “o Ministério Público deve, preferencialmente, dirigir a investigação e não executar a investigação”, mas que o poder de avocar excepcionalmente a investigação é uma derivação lógica dos poderes do Ministério Público nessa fase, ver Simões, 2010:321.

3.4.6 Poder de expedir recomendações genéricas de atuação policial

O Ministério Público possui o poder de expedir recomendações genéricas a todos os órgãos públicos, para assegurar a “melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover” (LC n. 75/1993, art. 6º, XX). Como todo órgão público, as instituições policiais também estão abrangidas pelas referidas disposições e sua atividade pode ser objeto de uma recomendação do Ministério Público para a melhoria do trabalho. Apesar de a recomendação ser um instrumento genérico de intervenção do Ministério Público nos diversos órgãos da administração pública, em sua função de fiscalização da ordem jurídica, ela assume uma feição especial no âmbito do controle externo da atividade policial, pois permite o direcionamento da atividade policial segundo a perspectiva do Ministério Público de melhor coletar as informações e melhor assegurar o respeito aos direitos fundamentais. Essa disposição possui especial conjugação com o art. 9º, III, da LC n. 75/1993, específica sobre o exercício do controle externo da atividade policial, que prevê a possibilidade de o Ministério Público “representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder” e está diretamente relacionada com a finalidade do controle externo da atividade policial, que é “a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder” e “a indisponibilidade da persecução penal” (LC n. 75/1993, art. 3º, “c” e “d”). Finalmente, também está regulamentada no art. 4º, IX, da Resolução n. 20/2007 do CNMP.

No mesmo sentido, o art. 27, parágrafo único, da Lei n. 8.625/1993 (LONMP), estabelece que o Ministério Público, em sua função de “defensor dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estaduais”, em relação às atividades exercidas pelos poderes públicos, poderá:

- I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas;
- II - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;
- III - dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I;
- IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste

artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Esse dispositivo também consagra a função do Ministério Público como um *ombudman* dos serviços públicos, nele incluindo-se, obviamente, a função policial. Todavia, a atuação do Ministério Público enquanto *ombudsman* genérico das atividades públicas possui um diferencial em relação à sua função de controle externo da atividade policial, já que aqui o Ministério Público é um *ombudsman* constitucionalmente qualificado, pois além da atividade genérica de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente sensíveis na área policial, o Ministério Público também é o titular da ação penal, com um interesse concreto na eficiência e legalidade da atuação policial para subsidiar uma persecução penal viável. Portanto, não há dúvidas de que o Ministério Público possui legitimidade para expedir diretrizes genéricas sobre o exercício da atividade policial, visando tanto a melhoria da qualidade de seus trabalhos como a correção de ilegalidade. Essa atividade está ligada à função de constante auditoria da atividade policial, tanto de forma difusa nos diversos inquéritos em tramitação, quanto de forma concentrada no órgão ministerial responsável pela receptação de reclamações de desvios policiais e a respectiva investigação centralizada dos mesmos, de forma que, através da informação quanto aos possíveis desvios policiais, se estabeleçam possíveis padrões de atuação que sejam menos propícios ao desvio e, portanto, mais alinhados ao paradigma de vedação de arbitrariedades na atividade policial⁶⁸².

Todas essas disposições devem ser interpretadas em conjunto com o art. 129, VIII, 1ª parte, da CRFB/1988, que permite ao Ministério Público a requisição de diligências investigatórias à Polícia, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações, pois a conjugação do poder de requisitar diligências com o poder de expedir recomendações gerais e o poder de realizar representações gerais sobre ilegalidades permite a clara conclusão de que o Ministério Público pode realizar a requisição de diligências investigatórias de forma genérica à

⁶⁸² Nesse sentido, admite Mirabete, 2002:75, que no poder controle externo pelo Ministério Público está incluído o poder de o Ministério Público realizar um “controle *in genere* no sentido de assegurar a colheita de elementos seguros, de forma lícita, para a instauração do devido processo legal”. Em sentido semelhante, admitindo as instruções gerais, que seriam “o sistema que consideramos mais próximo do ideal e que é perfeitamente aplicável na nossa atual realidade”, apesar de reconhecer que falta melhor regulamentação ao tema, ver Lopes Jr., 2003:152. Roxin, 2007:35, vê na emissão de instruções gerais uma das formas de controle pelo Ministério Público do sucesso das investigações. Sobre a atividade de auditoria da atividade policial, e de revisão das diretrizes de atuação concreta, como uma das funções inerentes à atividade de controle externo da atividade policial, ver comentários *infra* na seção 5.4.

Polícia (ou seja, sempre que se estiver diante de determinada situação abstrata, o Ministério Público requisita antecipadamente à Polícia que realize determinada diligência investigativa, de forma a assegurar a eficiência da atuação policial). A recomendação genérica também é o instrumento adequado para o Ministério Público expressar sua indicação de preferências investigativas em abstrato (ver acima discussão sobre esse tema), bem como de atuar como agente de modificação da realidade, impulsionando reformas na instituição policial tendentes à diminuição das possíveis brechas de arbitrariedade.

Há uma natureza jurídica distinta da recomendação expedida pelo Ministério Público aos demais órgãos públicos para o aperfeiçoamento de serviços públicos e a recomendação que carrega “instruções genéricas” de atuação à atividade policial. Nas primeiras, caso se esteja diante de uma violação de direitos praticada pelo órgão público, o não cumprimento da recomendação ensejará usualmente o ajuizamento de uma ação civil pública para dar coerção à recomendação⁶⁸³. Todavia, no âmbito das recomendações genéricas de orientação da atividade policial, esse instrumento possui o valor de uma comunicação interinstitucional do posicionamento do Ministério Público sobre a eficiência da atuação policial, a partir de sua posição de órgão receptor da investigação criminal, responsável pelo controle externo da atividade policial, atividade que abrange a indisponibilidade da ação penal e a fiscalização da eficiência da investigação. Assim, a consequência do eventual descumprimento da recomendação ministerial de orientação será a própria ineficiência da atuação policial, com as consequências respectivas em caso de dolo ou culpa grave.

Por exemplo, se o Ministério Público comunica à Polícia que, no seu entendimento, a conduta de injuriar pessoa negra ou parda com a utilização de expressões como “macaco, chimpanzé, orangotango” configura o crime de injúria qualificada pela discriminação (CP, art. 140, § 3º), recomendando que em tais situações ocorra a instauração de IP e não de TC por injúria simples, em verdade não cabe discordância por parte da autoridade policial, pois a atribuição para formar a *opinio delicti* é privativa do Ministério Público. Ainda que a autoridade policial, no Brasil, tenha a discricionariedade de realizar uma tipificação provisória da conduta na fase das investigações, a partir do instante em que o Ministério Público informa sua tipificação

⁶⁸³ Estabelece o art. 15, parágrafo único, da Resolução n. 23/2007 do CNMP: “É vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública”.

ainda na fase das investigações, é essa manifestação que possui preponderância⁶⁸⁴. E apesar de a interpretação jurídica ser usualmente realizada em concreto (quando todas as situações fáticas já estão dadas), nada impede que seja realizada em abstrato, numa antecipação provável das situações fáticas e suas circunstâncias submetidas à futura aplicação da norma, ainda que precárias por não considerarem outras possíveis variáveis da futura situação fática⁶⁸⁵. Ainda que seja impossível prever todas as situações fáticas em detalhes, muitas poderão ser previstas, e essa antecipação da atividade hermenêutica, pelo titular final do poder decisório no âmbito da fase investigativa, reduz o campo das incertezas na aplicação do direito. Ainda assim, elas nunca serão reduzidas integralmente, pois ainda haverá uma zona cinzenta na interpretação da própria recomendação genérica. Por exemplo, no caso citado, a referência a outros símios como “gorila, mico”, ou ainda a referência a outros animais negros como “urubu” ou “bisão” ainda estariam numa zona aberta à interpretação jurídica (de analogia ou interpretação extensiva, respectivamente). Aqui não se trata de recusa de cumprimento da diretiva, mas de interpretação sobre a inclusão ou não da situação fática no campo hermenêutico anteriormente delimitado pela diretiva ministerial.

Portanto, no exemplo dado, se o Delegado de Polícia discorda do entendimento abstrato do Ministério Público, documentado em uma recomendação de instrução genérica, e instaura TC ao invés de IP, encaminhando os autos ao Juizado Especial Criminal, a consequência dessa conduta é que haverá ineficiência da atuação policial, pois haverá o atrasado na distribuição dos autos ao juízo competente e ao Promotor Natural, bem como provavelmente será necessário o retorno dos autos à DP para realização de uma investigação mais ampla sobre as demais circunstâncias desse tipo penal específico (e não meramente sumária como no TC). Se antes da expedição da recomendação havia um espaço de discricionariedade para a tipificação da conduta, com a expedição da recomendação a tipificação feita pela autoridade policial, em desacordo com a diretiva do Ministério Público, passa a ser considerada claramente como um equívoco, um erro, na ótica do Ministério Público, que viola o princípio constitucional da eficiência. Como se presume que as autoridades policiais não desejam (e não podem) ter uma atuação ineficiente, as recomendações contendo diretivas genéricas de atuação colocam-se naturalmente como de

⁶⁸⁴ Aprofundaremos esse tema adiante, subseção 3.4.10.

⁶⁸⁵ Sobre o tema, Müller, 1996:204 *et seq.*, fala de um processo de concretização (mais que de interpretação), que passa do programa normativo, ao campo normativo, à norma jurídica, e à norma-decisão, que pressupõe assim a passagem de um julgamento em abstrato para um julgamento em concreto.

atendimento obrigatório, mesmo que não haja uma eventual ação civil pública para assegurar-lhe a coerção.

Portanto, as recomendações de diligências investigativas em abstrato (em verdade, requisições antecipadas), desde que não sejam flagrantemente ilegais, são de atendimento obrigatório pela autoridade policial, da mesma forma que todas as requisições de diligências⁶⁸⁶. No caso de recomendações que indiquem padrões de atuação que incrementem a eficiência da atividade policial ou diminuam os eventuais espaços de arbitrariedade (v.g., formas de organizar o trabalho policial visando evitar desvios), as recomendações se equipararão às demais recomendações expedidas a órgãos públicos, ou seja, indicarão padrão de atuação que o Ministério Público entende correto, e seu não atendimento ensejará a eventual responsabilização pelo não atendimento, caso ocorra algum ilícito criminal ou improbidade administrativa. Por exemplo, uma omissão sistemática em providenciar uma normatização mínima ou o treinamento adequado a policiais sobre determinada diligência que usualmente permite ocorrência de um desvio pode eventualmente ensejar a responsabilização do dirigente policial que se omitiu em providenciar a normatização ou o treinamento. Em muitas situações, a recomendação poderá atuar como um instrumento de diálogo público entre as instituições, permitindo à Polícia indicar outros pontos de vista não vislumbrados pelo Ministério Público, que permitirão o amadurecimento do diálogo interinstitucional rumo à maior profissionalização da atuação policial⁶⁸⁷. Essas recomendações podem ser dirigidas tanto à Polícia dita Judiciária (Civil ou Federal), bem como em relação à Polícia que exerce eminentemente funções de segurança pública (PM), pois na maioria das situações é a PM quem atende às ocorrências de flagrante delito, tendo uma atuação essencial na preservação do local de crime, na apreensão de provas e na recolha de informações preliminares de testemunhas ainda no calor dos fatos, tendo, portanto, uma relevante atuação na investigação criminal logo após os fatos⁶⁸⁸.

Um dos problemas no estabelecimento de diretrizes é que, enquanto a Polícia possui uma cúpula hierárquica com poderes normativos sobre a atuação policial, o exercício do

⁶⁸⁶ Ver acima, item 3.4.3.1.

⁶⁸⁷ Indicando que a atuação dos auditores de Departamentos de Polícia nos EUA, que emitem recomendações públicas sem caráter cogente mas indicativas de falhas institucionais, é um fator relevante para o diálogo público sobre um problema na instituição policial, ver Walker, 2005:140.

⁶⁸⁸ Sobre a relevância da atuação investigativa de "urgência" da PM, na situação de flagrante delito, ver R. Greco, 2012:90.

poder de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público está fragmentado nos seus diversos órgãos, os membros da instituição. A ausência de uma coesão interna acaba possibilitando o fracionamento de diretrizes (vários promotores de Justiça emitindo recomendações em sentidos não convergentes ou mesmo discordantes) e enfraquece um posicionamento institucional. Portanto, encontrar mecanismos de coesão interna do Ministério Público e de atribuição da formação na “vontade institucional” em termos de diretrizes expedidas à Polícia é decisivo para a eficiência desse controle. Para que essa formação da “vontade institucional” tenha uma legitimidade interna, é especialmente relevante que ela respeite a participação dos órgãos ministeriais na discussão e formação das diretrizes, mas ainda assim é necessário haver a previsão de uma autoridade interna que possibilite a superação das eventuais divergências internas em prol de uma atuação externa unitária. No sistema brasileiro, esse papel deve ser exercido pela Câmara de Coordenação e Revisão no âmbito do MPU (LC n. 75/1993, art. 62, I e art. 171, I) e pelo Procurador-Geral de Justiça, com apoio do Conselho Superior no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais (Lei n. 8.625/1993, art. 10, XII e art. 15, X). Ainda assim, todos esses mecanismos de uniformização interna do Ministério Público são de coerção fraca (quase que meramente moral), pois as recomendações de atuação expedidas pela Câmara de Coordenação aos membros são de caráter não vinculativo, diante da independência funcional do membro do Ministério Público, justificada pelo risco de engessamento que uma diretriz inibidora de atuação poderia trazer. O paradoxo é evidente: sem a independência funcional, há o risco de esterilização de manifestações, todavia, com excessiva independência, atomiza-se a instituição e não há verdadeiramente uma política criminal de atuação. No âmbito da expedição de recomendações do Ministério Público à Polícia, o ideal é que elas sejam centralizadas em um órgão interno do Ministério Público, para que se evitem os posicionamentos divergentes⁶⁸⁹.

3.4.7 *Poder de encerrar uma investigação*

Como destinatário final da atividade policial, o Ministério Público possui a prerrogativa de decidir por fim à atividade policial. Essa prerrogativa se exerce quando o Ministério Público decide arquivar um IP por atipicidade ou por insuficiência de provas, situação na qual as investigações apenas poderão ser reabertas diante do surgimento de novas provas

⁶⁸⁹ Sobre a independência funcional do membro do Ministério Público perante os demais órgãos internos, no Brasil, ver Ferraz, 1997:107; Mazzili, 2008:70; E. Garcia, 2008:56.

(CPP, art. 18), ou seja, o Ministério Público entende que não há viabilidade de sucesso de sua eventual ação penal⁶⁹⁰. O Ministério Público também põe fim à investigação quando decide que os elementos de informação recolhidos já são suficientes à propositura da ação penal, e oferece a denúncia.

O poder de encerrar uma investigação (ou o poder de não denunciar) é expressão do exercício de parcela da soberania estatal exercida pelo Ministério Público e, enquanto órgão político do Estado, é um exercício independente da própria instituição. Essa decisão de não acusar pertence exclusivamente ao Ministério Público, não sendo reformável por outras instituições, pois o sistema do art. 28 do CPP apenas restitui à chefia institucional do próprio Ministério Público o poder de dar a palavra final sobre o mérito da decisão de não acusação⁶⁹¹. Tanto que quando o Procurador-Geral da República manifesta-se pelo arquivamento das investigações no âmbito de procedimento penal originário perante o Supremo Tribunal Federal, essa decisão do Ministério Público não é reformável pelo Tribunal⁶⁹². Nesse ponto, o sistema brasileiro é inteiramente acusatório, não o permitindo que outras instituições, que não o Ministério Público, decidam sobre a não acusação.

Quando o Ministério Público decide que não há provas para acusar, ou que um fato é atípico, ele põe fim à necessidade de a Polícia continuar com as investigações. Se a Polícia investiga para possibilitar ao Ministério Público o exercício da ação penal e o Ministério Público decide fundamentadamente, no exercício de sua atribuição constitucional de *dominus litis*, que

⁶⁹⁰ Usualmente afirma-se que o arquivamento do IP por atipicidade faz coisa julgada material. Todavia, nesse ponto, filiamo-nos ao entendimento de R.S.M. Cruz, 2008:201-209, para o qual a decisão de arquivamento do IP por atipicidade possui eficácia *rebus sic stantibus*, ou seja, se surgir prova nova de que os fatos ocorreram de forma diversa da que foi considerada inicialmente atípica, e essa nova configuração da conduta for típica, será possível a repropositura da ação penal, nos termos do art. 18 do CPP.

⁶⁹¹ Destacando que quando o Ministério Público decide não acusar, há efetivamente uma decisão soberana, não reformável por outras instituições externas ao Ministério Público: Jatahy, 2007:79; Mazzili, 2008:124. Isso porque quando o Ministério Público acusa, ainda não há uma palavra final sobre o tema, pois o Judiciário deverá manifestar-se sobre a admissibilidade dessa acusação e seu final acolhimento ou rejeição.

⁶⁹² Sobre a irrecusabilidade do pedido de arquivamento feito pelo PGR perante o STF, ver: STF, Pet 2820 AgR, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 25 mar. 2004, DJ 7 maio 2004, p. 7. Todavia, em precedentes posteriores, o STF passou a entender que, caso o fundamento do arquivamento seja o de atipicidade do fato ou extinção da punibilidade, nessas duas situações o Tribunal deveria analisar a procedência do pedido, pois o seu acolhimento importaria em coisa julgada material: STF, QO-Inq. 234/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28 jun. 2007, DJU 17 ago. 2007, p. 24 (no mesmo sentido: STF, Pet 2397). Nesse último caso, o não acolhimento do pedido do PRG teria o condão máximo de não ensejar a convalidação do pedido de arquivamento, mas ainda assim não poderia obrigar o Ministério Público a denunciar o caso, criando um verdadeiro impasse constitucional (Ministério Público não denuncia por considerar atípico, mas o Tribunal não homologa por considerar típico, e ainda assim haveria uma situação de não-denúncia não reformável pelo Tribunal).

não há provas do fato ou que o fato é atípico, tal situação torna a investigação policial subsequente desnecessária, por ser já excessiva. Apenas pode a Polícia prosseguir com novas investigações se efetivamente o Ministério Público encerrou a investigação por falta de provas e a Polícia tiver notícia de novas provas (efetivamente diversas das que já estavam recolhidas no inquérito anterior, cf. art. 18 do CPP e Súmula n. 524 do STF). Já no caso de manifestação do Ministério Público pela atipicidade da conduta, aí nesse caso não cabe qualquer outra atuação policial, pois a continuidade das investigações seria *ab initio* um ato de arbitrariedade, pois faltaria requisito de justa causa para instaurar a investigação, a tipicidade em tese do fato a ser investigado.

Ainda no caso extremo de o membro do Ministério Público entender que o fato é atípico e a autoridade judicial discordar dessa manifestação do Ministério Público, não poderá a Polícia realizar novas investigações sobre os mesmos fatos, pois a manifestação do Ministério Público de não denunciar não poderia ser alterada pela Polícia. Nesse ponto, há uma independência de manifestação do Ministério Público, derivada de seu estatuto de órgão político do Estado, e portanto as autoridades policiais estão obrigadas a respeitarem a independência do Ministério Público na formação de sua *opinio delicti*, da mesma forma que devem respeitar a independência dos Tribunais quanto às decisões judiciais. Nessa última situação, a realização de novos atos de investigação apenas seria admissível se tivesse como objeto demonstrar que os fatos não ocorreram da forma como apreciados pelo Ministério Público na investigação inicial, mas sim de uma forma diversa, agora sim típica (e cuja efetiva tipicidade dos novos fatos retorna à apreciação do Ministério Público).

Registre-se que esse poder de encerrar a investigação pode ser realizado mesmo antes da conclusão do prazo de encerramento do IP. Suponha-se que seja instaurado IP para apurar o fato A, e concomitantemente o Ministério Público receba outras peças de informação sobre os mesmos fatos A, e já ofereça denúncia ou já promova o arquivamento (v.g., por atipicidade). Nessa situação, mesmo dentro do prazo de realização do IP, a investigação teria uma perda superveniente de justa causa, pois não é admissível a continuidade de investigação por fatos que já foram denunciados, ou já foram arquivados por atipicidade. Nesse sentido, o art. 5º, V, da Resolução n. 20/2007 do CNMP, permite que o membro do Ministério Público venha

requisitar o imediato encaminhamento do IP ao Ministério Público ou Poder Judiciário no estado em que se encontra.

3.4.8 Poder de arquivar linhas de investigação

Se o Ministério Público pode determinar o arquivamento das investigações em relação a determinados fatos ou determinadas pessoas, com muito mais razão pode determinar o arquivamento das investigações em relação a determinada linha investigativa, pois a linha de investigação nada mais é do que um processo lógico de organização do método de recolha da possível explicação da materialidade de um fato ou de sua autoria. Portanto, a linha de investigação é uma organização da investigação de um fato ou em relação a uma pessoa.

É claro que essa medida mais extrema de arquivamento peremptório de uma linha de investigação deve ser reservada aos estágios mais adiantados da investigação, pois nos momentos mais precoces não é aconselhável descartar as diversas hipóteses explicativas do fato, ainda que elas, num primeiro momento, não se apresentem como a explicação mais provavelmente veraz. Por exemplo, o arquivamento das investigações em relação a determinada pessoa apenas deve ser determinado se não houver mais dúvidas de que a pessoa não possui envolvimento no crime, ou não se vislumbrar mais qualquer diligência capaz de elucidar sua participação. Analisar a viabilidade das linhas de investigação é uma atribuição inerente à *opinio delicti*, pois essa não é apenas uma manifestação acabada feita ao final da investigação, antes, é um amadurecimento constante e progressivo no curso da investigação, ou seja, à proporção que as informações investigativas são repassadas ao Ministério Público ele deverá analisar a viabilidade processual dessas investigações, esclarecendo se elas devem ser descartadas (arquivadas), complementadas (requisição de novas diligências) ou se já são suficientes (oferecimento da denúncia).

Um arquivamento de linha de investigação pelo Ministério Público, numa situação mais extrema de ser claramente inviável tal linha, também configura uma garantia de vedação de arbitrariedades, pois se o Ministério Público, enquanto destinatário da atividade investigatória e seu fiscal obrigatório, entende que determinada linha de investigação claramente é inútil, então todo o conjunto de restrições a direitos fundamentais inevitavelmente envolvidos numa atividade de investigação criminal seriam uma violação ao princípio da proporcionalidade,

na modalidade adequação (restrições manifestamente inadequadas ao fim que se pretende alcançar), portanto, seriam diligências inconstitucionais. Permitir a condução de investigações quando determinada linha investigativa já se mostra, a juízo do destinatário do trabalho policial, como um meio claramente inapto ao fim, seria permitir uma investigação sem propósito justificável, portanto, uma arbitrariedade. Repise-se, finalmente, que essa medida mais extrema de arquivamento expresso de determinada linha de investigação deve ser reservado a situações efetivamente mais extremas de estágio avançado das investigações em que claramente há inaptidão de potencial esclarecedor. Se há um potencial esclarecedor, ainda que diminuto, há que se admitir a possibilidade de a Polícia continuar a desenvolver uma linha de investigação, ainda que paralelamente à linha de investigação ordenada pelo Ministério Público. Nessa situação, o Ministério Público deve requisitar a sua linha de investigação em relação preferencial (mas não exclusiva) à linha de investigação policial.

Em síntese, o descarte da viabilidade processual de determinadas diligências investigativas (e da linha que se abre a partir delas) é uma possibilidade do Ministério Público, que deve ser utilizada apenas em situações mais extremas de clara inaptidão investigativa. A regra deve ser permitir à Polícia uma iniciativa paralela, sempre controlada imediatamente pelo Ministério Público. Na situação mais extrema de arquivamento da investigação em relação a determinada pessoa ou em relação a determinado fato, a investigação apenas poderia ser reaberta diante de novas provas (CPP, art. 18). Exatamente por seu caráter tão extremo, ela deve ser uma medida excepcional.

3.4.9 Afastamento excepcional da Polícia da investigação

No âmbito do controle da atividade policial, um dos temas mais polêmicos é a possibilidade de o Ministério Público poder afastar a Polícia de uma investigação e poder conduzir diretamente a atividade investigativa. No Brasil, esse tema não está regulamentado⁶⁹³. Há tão somente a regulamentação na Lei n. 12.830/2013, art. 2º, § 4º, que prevê que:

⁶⁹³ Vale relembrar que no Brasil, antigamente, a LC 40/1981 (antiga LONMP), em seus art. 7º, VII e art. 15, III e V, permitia ao Procurador-Geral de Justiça avocar excepcionalmente inquéritos policiais, quando não houvesse delegado de carreira e designar membro do Ministério Público para prosseguir na investigação. Discutindo o tema, ver Santin, 2007:239.

O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

O dispositivo é limitado ao superior hierárquico, mas pode ser aplicado por analogia ao Ministério Público, já que, no âmbito das relações funcionais inerentes à investigação criminal, é o Ministério Público o órgão de controle da atividade policial e o destinatário da decisão de mérito sobre a investigação policial. As razões que fundamentariam a avocação estão explicitadas no dispositivo: motivo de interesse público ou inobservância dos procedimentos (regulamentares ou legais) que prejudique a eficácia da investigação. E um dos procedimentos legais que prejudica a investigação está o descumprimento reiterado de requisições de diligências pelo Ministério Público.

O poder de investigação do Ministério Público nunca foi expressamente contestado pela jurisprudência brasileira até 2003, quando o STF proferiu uma decisão entendendo que o Ministério Público não poderia conduzir investigações diretas. Esse entendimento do STF, todavia, já está aparentemente superado, com diversas decisões do STF admitindo expressamente a investigação direta pelo Ministério Público. A investigação do Ministério Público pode ocorrer quando a Polícia não está investigando, ou concorrentemente à investigação da Polícia (ambos conduzem investigações, de forma que o Ministério Público utiliza-se das informações de ambos os procedimentos para formar sua *opinio delicti*). O tema não abordado ordinariamente pela doutrina corresponde à situação de a Polícia estar conduzindo uma investigação e o Ministério Público decidir que aquele tema específico não será investigado em sede de inquérito policial, mas sim o será mediante uma investigação direta do Ministério Público⁶⁹⁴.

O problema comporta duas análises, uma político-criminal e outra propriamente jurídico-processual. No primeiro plano cumpre analisar se seria ou não conveniente do ponto de

⁶⁹⁴ Quando o tema é abordado, ele é feito de forma acidental, e eventualmente até contraditória. Ver M.F. Andrade, 2006, que na p. 253 afirma: “nunca é demais lembrar que o Ministério Público não possui qualquer ascendência sobre a Polícia Judiciária a ponto de impedir que ela investigue todo e qualquer fato que tenha merecido algum tipo de atenção por parte dos meios de comunicação”, todavia na p. 277 defende que o Ministério Público tem o poder de avocar investigações policiais diante de razões concretas, afastando-a da investigação (aparentemente a primeira afirmação foi feita como mero *topoi* argumentativo e a segunda expressa a verdadeira posição do referido autor).

vista de eficiência das investigações e possíveis riscos de desvios se admitir a possibilidade de o Ministério Público expressamente afastar a Polícia da investigação para conduzi-la de forma direta e exclusiva. A primeira pergunta a se fazer seria: por que excluir a Polícia da investigação? Há algumas possíveis respostas a essa pergunta, ainda que as situações sejam concretamente excepcionais e não ordinárias, mas ainda assim admissíveis. Se há suspeita concreta de que há infiltração do crime organizado no aparelho policial, ou que há pressões concretas de grupos de poder (político, social ou econômico) sobre a atuação policial para dificultar as investigações, pode ser conveniente que a Polícia seja afastada para que a investigação seja diretamente conduzida pelo Ministério Público. Outra hipótese seriam os casos em que há uma suspeita concreta de provável ausência de imparcialidade na condução das investigações sem mecanismos internos de solução do problema, como o caso, *v.g.*, da investigação dos crimes praticados por policiais ligados ao alto escalão da direção da instituição policial (portanto com poder de influência sobre o destino da investigação). Nessas situações, a condução da investigação pela Polícia poderia atrapalhar o rumo das investigações, induzindo a erro o Ministério Público e mesmo colhendo provas torcidas, com possíveis efeitos negativos sobre o futuro julgamento (ver o problema das fraudes investigativas, discutido anteriormente).

Vislumbramos mais duas situações: numa hipótese em que reiteradamente houve negativas de cumprimento das requisições do Ministério Público em favor da linha de investigação da Polícia, numa situação em que o Ministério Público claramente entende que a linha de investigação da Polícia é manifestamente inapta, estaria assim a Polícia a retardar indevidamente a investigação que o titular da ação penal está a requisitar concretamente. Em outra hipótese, se num caso concreto houve uma reiterada prática de equívocos na condução da investigação que coloque o titular da ação penal em sérias dúvidas sobre a viabilidade de as demais diligências requisitadas serem cumpridas a contento, com o risco de inviabilizar-se o sucesso da investigação diante de uma reiteração de equívocos investigativos. Nessas situações, pode ser conveniente para o sucesso das investigações que o Ministério Público assuma diretamente a condução das investigações.

Uma segunda questão, ainda dentro da discussão político-criminal, seria: quais são os riscos envolvidos em admitir-se que o Ministério Público avoque a investigação e retire-a do domínio policial? Ora, numa situação em que eventualmente a Polícia está a realizar um

trabalho equivocado (ou mau direcionado) e o Ministério Público assuma a responsabilidade por bem conduzir as investigações, não há que se discutir de qualquer risco. Os perigos estariam numa eventual situação em que a Polícia está a caminhar numa linha investigativa correta e o membro do Ministério Público discorda dessa linha e deseja conduzir pessoalmente uma linha investigativa equivocada (ou eventualmente uma situação dolosa, em que a Polícia está a investigar corretamente o crime e eventualmente um membro do Ministério Público com más intenções deseja atravancar os trabalhos investigativos, retirando a Polícia dessa atividade). Ainda assim, nessa situação hipotética de problema político-criminal, a admissão do afastamento da Polícia da investigação não acarretaria uma diminuição do sistema de proteções da atividade investigativa. É que, ainda que a Polícia esteja a conduzir as investigações corretamente, se o membro do Ministério Público entender que não há prova suficiente para continuar com as investigações, ele poderá arquivar sumariamente as investigações, sem possibilidade de a Polícia continuar com as investigações, restando somente, no Brasil, o sistema de controle previsto no art. 28 do CPP, de iniciativa do juiz, mas que iria, em última análise, apenas reconduzir ao próprio Ministério Público (na figura do PGJ) a possibilidade de rever o acerto ou equívoco da manifestação do membro do Ministério Público⁶⁹⁵.

Portanto, caso o Ministério Público decida arquivar o IP para prosseguir na investigação em procedimento interno ao Ministério Público, da mesma forma o posterior controle de um eventual arquivamento desse procedimento interno ou a má condução das investigações será realizado internamente pelo Ministério Público, pelo órgão interno responsável pelo controle das investigações diretas internas, de sorte que se reconduz o problema ao mesmo nível de controle, ou seja, o controle interno do próprio Ministério Público⁶⁹⁶. Não há

⁶⁹⁵ Com nossa ressalva pessoal de que esse dispositivo deveria receber uma releitura à luz da CRFB/1988, para se interpretar que a função de fiscalizar se a decisão do promotor de justiça de ajuizar ou não a denúncia não deveria ser tomada pelo juiz (a dita “função “anômala” de fiscal do princípio da obrigatoriedade), mas sim deveria haver um sistema de controle interno ao Ministério Público dos arquivamentos de inquéritos, de forma a assegurar a imparcialidade do juiz e uma unidade na política de atuação do Ministério Público. Quanto ao primeiro problema, se juiz que aplica o art. 28 e posteriormente o PGJ decide ajuizar denúncia, ele tem sua imparcialidade substancialmente reduzida, pois foi ele próprio quem provocou a acusação e terá menor probabilidade de reconhecer ao final do processo que na verdade o Promotor estava certo e ele estava errado, pois não havia provas suficientes para condenar... Quanto ao segundo problema, é possível que juiz e promotor de justiça acordem o arquivamento em massa de fatos com relevância penal mais significativa, atualmente sem controles institucionais pelo Ministério Público dessa atuação.

⁶⁹⁶ Aqui partimos do pressuposto que a regulamentação da investigação interna pelo Ministério Público seria feita nos moldes do que já recomendou o CNMP através da Resolução n. 13/2006, que prevê em seu art. 5º que toda instauração de procedimento de investigação criminal deverá ser imediatamente comunicada ao PGJ ou ao PGR

substancialmente perda de instrumentos de controle com a substituição da investigação feita pela Polícia, decidida pelo promotor de justiça e ao final fiscalizada pelo juiz (com possível acionamento de controle interno do Ministério Público), com a outra investigação conduzida diretamente pelo Ministério Público (também com o controle interno no âmbito do Ministério Público da União, ou novamente com controle pelo juiz, nos estados). Aliás, em verdade, esse outro sistema acaba por privilegiar o sistema acusatório, ao assegurar a imparcialidade do juiz em não ser ele o motor (ainda que indireto) do início da ação penal.

O eventual risco, portanto, não seria de ausência de controle sobre a atividade investigativa do Ministério Público, mas sobre a real possibilidade de reversão de uma eventual má atividade investigativa (dispersão probatória já consumada e irreversível diante de uma má condução das investigações pelo próprio Ministério Público). Ora, nesse ponto os riscos se equivalem, pois o risco de uma má condução de investigações também existe no âmbito de uma investigação conduzida pela Polícia. Cremos que esse eventual inconveniente pode ser satisfatoriamente solucionado pela excepcionalidade dessa solução de afastamento coativa da Polícia das investigações mediante avocação da responsabilidade investigativa pelo Ministério Público e pela criação, *de lege ferenda*, de instrumentos mais efetivos de controle interno dos rumos da investigação conduzida diretamente pelo membro do Ministério Público de primeiro grau, pelo Conselho Superior ou pela Câmara de Coordenação e Revisão. Finalmente, não se pode esquecer que, do ponto de vista constitucional, o responsável pela persecução penal é sempre o Ministério Público, inclusive na fase investigativa. O verdadeiro risco da assunção pelo Ministério Público dessas atividades seria o de sobrecarregar sobremaneira o Ministério Público com investigações diretas, de forma que ele não tenha condições de realizar a contento em suas atividades exclusivas ordinárias, nem com qualidade as eventuais investigações diretas. Todavia, esse eventual problema resolve-se com a própria excepcionalidade da investigação direta, que é uma válvula de escape do sistema e não uma solução ordinária⁶⁹⁷.

(no âmbito do MPF), com controle a cada 90 dias pelos órgãos de controle interno (art. 12). Essa resolução prevê a situação dúbia de o arquivamento do procedimento poder ser realizado tanto mediante apresentação ao juiz, nos termos do art. 28 do CPP, quanto mediante revisão pelo órgão superior interno responsável, nos termos da legislação vigente, já que no âmbito da LC n. 75/1993 (MPDFT, MPF e MPM), esses órgãos internos são as câmaras de coordenação e revisão da ordem jurídica criminal, mas tais órgãos não são previstos nos Ministérios Públicos dos estados, aplicando-se para esses a regra geral prevista no CPP (arquivamento via remessa ao juiz).

⁶⁹⁷ De forma geral, sobre a excepcionalidade da condução direta da investigação criminal pelo Ministério Público, que deve ser preferencialmente um diretor ativo e não o executor, ver Simões, 2010.

Portanto, do ponto de vista político-criminal há razões que podem justificar o afastamento pelo Ministério Público da Polícia das investigações, em situações excepcionais, bem como não há redução substancial do sistema de garantias nesse procedimento. Cumpre analisar, do ponto de vista jurídico-processual, como seria operacionalizado esse procedimento⁶⁹⁸.

Entendemos que o afastamento da Polícia das investigações é juridicamente admissível e pode ocorrer de duas formas diferentes. A primeira consiste em o Ministério Público receber os autos do IP e decidir realizar incidentalmente nesse IP diligências complementares. Como já indicado acima, o Ministério Público possui poder de realizar diligências de suplementação da investigação (CPP, art. 47) e, nessa medida, se ele não requisita novas diligências à Polícia mas as realiza diretamente por si próprio, o domínio da investigação permanecerá naquele período de tempo na titularidade do Ministério Público. Trata-se de uma forma de afastar momentaneamente a Polícia da condução das investigações. Essa primeira situação estaria limitada, portanto, a diligências realizadas num curto espaço de tempo.

A outra situação, mais drástica, todavia ainda possível, seria o Ministério Público afastar a investigação da Polícia para que ela prossiga no âmbito de um procedimento interno de investigação do próprio Ministério Público. Nessa situação, é lícito ao Ministério Público, ao receber os autos do IP, retirar cópia integral dos autos do IP e instaurar um procedimento interno de investigação direta, no qual ele mesmo irá pessoalmente ouvir as testemunhas, requisitar as perícias que entender necessárias, requisitar os documentos que entender necessários, oficiar ao juiz pelas diligências investigativas que envolvam a quebra de direitos fundamentais (interceptações telefônicas, buscas domiciliárias, prisão preventiva), sempre requisitando, quando necessário, o reforço da atividade policial para o cumprimento de

⁶⁹⁸ Não se negligencia que, durante os debates da Constituinte de 1988, houve discussão desse tema, pois a Carte de Curitiba, de 1986, que consolidou as propostas dos diversos ramos do Ministério Público brasileiro sobre qual seria a disciplina ideal do Ministério Público na constituinte (e que, aliás, moldou grande parte do que se tornou efetivamente a regulamentação constitucional do Ministério Público), indicou expressamente a possibilidade de o Ministério Público avocar inquéritos policiais, todavia essa proposta não foi aprovada pelo legislador constitucional originário (ver Garcia, 2008:35). Todavia, o fato de a Constituição não prever expressamente que o Ministério Público pode avocar inquéritos policiais não significa que o Ministério Público não possa, apenas significa que o tema não está regulamentado em nível constitucional. Portanto, a solução do problema passa pela análise do conjunto de disposições constitucionais atinentes ao tema (entre as quais a possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações diretas) e as demais disposições legais atinentes à investigação criminal.

diligências específicas⁶⁹⁹. Ao realizar a instauração do seu procedimento de investigação interno, o membro do Ministério Público poderá manifestar-se nos autos do IP promovendo o arquivamento dos autos do IP, em razão de os fatos já estarem sendo investigados em outro procedimento de investigação do próprio Ministério Público. Com o arquivamento do IP, fica a autoridade policial excluída da condução das investigações, pois o inquérito policial, enquanto instrumento que a legitimava a realizar atos constritivos de direitos fundamentais (como intimações coercitivas, ou o poder de “agressão” à intimidade das pessoas mediante a própria atividade de investigação) foi arquivado: a investigação não mais será policial. Remanesceria à Polícia tão somente os poderes de transmissão de informações de possível interesse ao Ministério Público que lhe chegassem ao conhecimento e o poder de realização de atos urgentes, que poderiam ser realizados independentemente de requerimentos específicos do Ministério Público (expressões do dever mais amplo de coadjuvação da Polícia ao Ministério Público).

Nesse caso de pedido de arquivamento de IP em razão de o fato já estar sendo investigando no âmbito interno do Ministério Público, caberá ao juiz tão somente verificar se o fato investigado no IP corresponde efetivamente ao fato investigado no procedimento interno do Ministério Público. Havendo coincidência de fatos investigados, o pedido do Ministério Público será de atendimento obrigatório, pois a conveniência de escolha do instrumento mais conveniente para o recolhimento das informações investigativas pertence ao Ministério Público e não ao juiz. Não havendo coincidência de fatos investigados, caberá ao juiz indicar quais fatos estavam sendo investigados no IP e aparentemente não estão sendo investigados no procedimento interno, para provocar o Ministério Público a manifestar-se especificamente sobre esses fatos, sob pena de a omissão reiterada do Ministério Público importar num pedido implícito de arquivamento, que permitiria ao juiz uma manifestação explícita sobre o tema (ou acolhendo o arquivamento implícito feito pelo Ministério Público ou aplicando o art. 28 do CPP quanto ao fato não abrangido pelo novo procedimento de investigação)⁷⁰⁰. Obviamente esse procedimento acima fica

⁶⁹⁹ Sobre o tema, remetemos à discussão sobre a admissibilidade de o Ministério Público conduzir investigações diretas: ver *infra*, seção 3.5. Quando à duplicidade de investigações, M.F. Andrade, 2006:277 defende que a investigação do Ministério Público deve sempre ter primazia sobre a investigação policial, arquivando-se a policial e prosseguindo-se apenas com a ministerial.

⁷⁰⁰ O tema do arquivamento implícito é sempre polêmico no âmbito do processo penal. Aqui defendemos que, se o juiz motiva especificamente o Ministério Público a manifestar-se sobre o arquivamento ou não de determinando fato ou sobre determinado autor e ainda assim o Ministério Público se queda silente, esse silêncio especificamente motivado pode legitimar o juiz a manifestar-se explicitamente sobre o tema. Sobre o tema, defendendo a existência do arquivamento implícito: Tornaghi, 1977:340-345; com uma análise minuciosa do tema do

prejudicado se a integralidade dos autos do IP são transladados para o novo procedimento interno do Ministério Público, pois aqui a integralidade daquilo que se apurava no IP é transmitido ao procedimento interno.

Não é lícito ao juiz rejeitar o pedido de arquivamento do Ministério Público e remeter os autos novamente à Polícia para continuidade das investigações, pois, nessa situação, estaria o juiz ordenando a continuidade das investigações sem um pedido expresso do Ministério Público de realização de novas diligências e, em última análise, seria o próprio juiz a avaliar a necessidade ou não de novas diligências, a suficiência ou não das provas obtidas na fase investigativa, tudo isso antes sequer do início da ação penal, numa situação de verdadeira “jurisdição” sem ação (ou melhor, de impulso investigativo pelo juiz, o que é vedado diante de sua obrigação de imparcialidade)⁷⁰¹. Assim, a ausência de impulso de requisição de diligências investigativas pelo Ministério Público geraria ausência de justa causa para o prosseguimento das investigações no inquérito policial. No sistema atual, se o juiz discorda da promoção de arquivamento pelo Ministério Público, deve aplicar o art. 28 do CPP e não determinar de ofício a continuidade das investigações.

Havendo a substituição da investigação do IP por uma investigação direta pelo Ministério Público, deverá ser aplicado todo o sistema de controle próprio da investigação interna do Ministério Público, ou seja: comunicação da instauração do procedimento interno ao órgão de controle interno do Ministério Público, controle periódico da condução das investigações pelo órgão de controle interno (inclusive com a fiscalização da legalidade das diligências realizadas e a eficiência da condução das investigações) e legalidade do prosseguimento da investigação mediante sucessivas prorrogações do prazo de conclusão das diligências⁷⁰².

Registre-se, finalmente, que esse sistema de afastamento da Polícia das investigações deve ser necessariamente excepcional, pois, realizando-se a ponderação do interesse social em esclarecimento da verdade sobre uma situação criminosa e do eventual

aditamento à denúncia e sua relação com o arquivamento implícito: Rangel, 2009:291-312; reconhecendo que esse instituto deveria existir apenas diante de um dispositivo legal específico: Jardim, 2005:171; argumentando que não existe arquivamento implícito, já que, conforme o art. 569, as omissões da denúncia podem ser supridas a qualquer tempo: Mirabete, 2002:97 e Boschi, 1987:209.

⁷⁰¹ Sobre a impossibilidade de o juiz conduzir investigações, ver Prado, 2005:136. Sobre os limites investigativos do juiz no âmbito da iniciativa probatória, ver Ávila, 2010c.

⁷⁰² Brasil, CNMP, Resolução n. 13/2006.

interesse do investigado em sofrer apenas uma investigação, parece-nos tolerável que em situações de relevante impacto social (v.g., homicídio) admita-se um conjunto de instituições realizando a investigação criminal concomitantemente (v.g., a Corregedoria de Polícia investigando um crime praticado por um policial e o Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial do Ministério Público também investigando de forma autônoma o fato – aliás, se organismos internacionais de defesa de direitos humanos, outras instituições congêneres ou jornalistas investigativos quiserem colaborar com a descoberta da verdade também serão bem vindos...). Vale lembrar que nada impediria, por exemplo, que uma testemunha seja ouvida duas vezes num mesmo IP, se houver novas perguntas que o Ministério Público deseje colocar à testemunha, bem como poderia ser ouvida duas vezes em procedimentos distintos. Assim, as informações recolhidas pela Polícia podem ser úteis à formação da *opinio delicti* do Ministério Público, em complementação às informações obtidas diretamente, se o Ministério Público não decidiu afastar a Polícia da investigação por entender que sua ação ainda pode ser útil (por exemplo, se o motivo da investigação do Ministério Público é exatamente a omissão reiterada da Polícia, sendo que sua posterior ação ainda poderia ser útil ao Ministério Público). A decisão do Ministério Público de afastar a Polícia da investigação deve ser necessariamente fundamentada na necessidade concreta que justifica sua iniciativa investigativa e o afastamento da Polícia, como o recomenda o art. 129, VIII, *in fine*, da CRFB/1988. Se eventualmente não ocorrer o afastamento da Polícia das investigações, toda a informação investigativa produzida deve acompanhar a denúncia, não sendo lícito ao acusador sonegar informações investigativas já produzidas ao juiz ou à defesa.

Essa solução de permitir-se o afastamento da Polícia das investigações não é de todo estranha no direito comparado. Em Portugal, o Ministério Público pode condicionar o exercício de uma atividade que seja delegada ao órgão de polícia criminal, ou ainda pode avocar inteiramente e a qualquer momento a realização de diligências de investigação, nos termos do art. 12.3 da Lei n. 37/2008 (Lei Orgânica da Polícia Judiciária) e do art. 2.7 da Lei n. 49/2008 (Lei de Organização da Investigação Criminal). Na Itália, é possível, em tese, que o Ministério Público dê uma diretiva para que, naquele caso específico, a Polícia não investigue, deixando o cumprimento da atividade de investigação inteiramente sob responsabilidade do Ministério Público. Todavia, mesmo nessa situação mais extrema, a Polícia ainda possui a legitimidade para realizar atos urgentes cuja não realização imediata prejudicaria o desenvolvimento da

investigação, remetendo posteriormente tais informações ao Ministério Público⁷⁰³. Essa remessa é especialmente importante para coordenar a atividade de investigação entre os diversos órgãos de investigação eventualmente envolvidos⁷⁰⁴.

3.4.10 Poder de definição da tipicidade das condutas investigadas

O poder de encerrar uma investigação ou de promover uma ação penal está intimamente ligado com a atribuição para formação da *opinio delicti*, ou seja, o poder de externar a configuração criminal dos fatos investigados. Essa atribuição não se exerce exclusivamente quando o IP está concluído (relatado), mas ela é imanente a toda a atividade do Ministério Público de acompanhamento das investigações. Assim, é inevitável que a autoridade policial tenha que realizar uma tipificação provisória dos fatos apurados, para direcionar sua atividade: a afirmação da tipicidade da conduta diante da *notitia criminis* para justificar a possibilidade e necessidade de intervenção policial; esclarecer se o crime é uma infração penal de menor potencial ofensivo a justificar mera instauração de TC e concessão de liberdade mediante termo de compromisso de comparecimento em juízo ou se é um crime de maior potencial ofensivo, que exige a lavratura de auto de prisão em flagrante; a avaliação da tipicidade para efeito de concessão de fiança; e, ainda, para a realização do indiciamento, enquanto instrumento administrativo de orientação da atividade investigativa.

Todavia, essa tipificação feita pela autoridade policial ante a *notitia criminis* é marcada pela provisoriedade, ou seja, ela apenas vale até o momento em que o Ministério Público toma conhecimento da apuração criminal, enquanto não houver uma manifestação em sentido contrário pelo Ministério Público⁷⁰⁵. Se o Ministério Público não se manifesta quanto à

⁷⁰³ D'Ambrosio e Vigna, 2003:154.

⁷⁰⁴ Apesar de em outros países haver vários possíveis órgãos de investigação criminal, enquanto no Brasil essa atividade é desempenhada essencialmente pela Polícia Civil no âmbito estadual e pela Polícia Federal no âmbito federal, tal situação não impede que se vislumbrem a existência de possíveis conflitos de investigação também no Brasil, já que, por exemplo, é possível a Polícia Federal desenvolva atividades de investigação de crimes de competência da justiça estadual em atribuição concorrente com a Polícia Civil estadual (cf. Lei n. 10.446/2002), ou ainda é possível vislumbrar situações em que a Polícia Civil precise realizar diligências urgentes para evitar a dispersão das informações relativas a um crime militar, com possível interesse de coordenação pelo Ministério Público nessas situações.

⁷⁰⁵ Entendendo que a tipificação feita pela autoridade policial é sempre provisória e não vincula o Ministério Público: STF, 1ª T., RE 497.170, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13 maio 2008., DJE 6 jun. 2008. Na doutrina, também afirmando que a autoridade pode fazer tipificação da conduta, mas que será marcada pela provisoriedade, até manifestação diversa pelo Ministério Público, ver: M.P. Lima, 2008(v.1):141.

tipificação provisória dada pela autoridade policial, é porque com ela concorda, havendo uma verdadeira tipificação ministerial por concordância tácita. Todavia, a qualquer momento o Ministério Público pode afirmar que os fatos investigados são diversos daqueles definidos provisoriamente pela autoridade policial e, assim, redirecionar a atividade investigativa. Por exemplo, se o Ministério Público entende, no curso das investigações de um IP, que os fatos configuram infração penal de menor potencial ofensivo, pode fazer a respectiva desclassificação e sobre essa manifestação não poderá opor-se a autoridade policial. Da mesma forma, se a autoridade policial considera uma conduta crime inafiançável, mas o Ministério Público entende que a conduta é outra, afiançável, poderá exarar sua manifestação de *opinio delicti* nos autos e, parece-nos, o juiz não poderá opor-se a essa desclassificação. Da mesma forma, se o Ministério Público entende que os fatos configuram, em tese, crime doloso contra a vida e pretende que a investigação prossiga em relação a este delito, o correto será o Ministério Público exarar sua *opinio delicti* nesse sentido e o juiz acatar tal manifestação, determinando-se a redistribuição dos autos à Vara do Tribunal do Júri, não cabendo ao juiz afirmar nessa fase preliminar que provavelmente o Ministério Público e a Polícia de investigação não encontrarão informações preliminares para respaldar uma eventual ação penal por crime de homicídio.

A questão de até onde pode o juiz imiscuir-se na função de definição da tipicidade na fase das investigações é delicada e envolve a consideração dos papéis constitucionais tanto do juiz quanto do Ministério Público nessa fase preliminar. Sendo o Ministério Público o titular da ação penal e o guardião dos interesses *pro societate* e o juiz um garante das liberdades públicas do investigado, parece-nos que se o Ministério Público entende que é o caso de se desclassificar o fato tipificado provisoriamente pela autoridade policial para um crime menos grave ou retirar uma qualificadora ou circunstância agravante, não pode o Poder Judiciário obrigar o Ministério Público a exercer uma ação penal por crime mais grave. O máximo que poderá fazer nessa situação será aplicar o instituto do art. 28 do CPP (com todas as possíveis críticas de constitucionalidade de se atribuir tal função ao juiz), e remeter à chefia institucional do Ministério Público a decisão final quanto à questão.

Por outro lado, se o Ministério Público afirma a tipicidade de uma conduta (seja concordando com a tipificação provisória da autoridade policial, seja entendendo que se trata de um crime mais grave) e essa tipificação mais gravosa implica imediatamente a submissão do

investigado a algum tipo de gravame imediato, parece-nos que nessa situação, o juiz, na qualidade de fiscal das liberdades públicas, deve analisar se os elementos de informação preliminar permitem já extrair indícios minimamente suficientes da tipificação pleiteada pelo Ministério Público, a justificar a restrição de direitos fundamentais do investigado. Por exemplo, se uma pessoa é presa em flagrante delito por determinado crime, o Ministério Público concorda com a tipificação provisória definida pela autoridade policial e requer ao juiz a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, deve o juiz analisar se as informações preliminares constantes do auto de prisão em flagrante permitem aferir indícios suficientes da tipicidade de um crime que justifica a decretação da prisão preventiva. Nessa situação, se o juiz entender que não há provas investigativas naquele momento de que o fato configure o crime de tipificação indicada pelo Ministério Público, mas, por exemplo, uma infração penal de menor potencial ofensivo (ou eventualmente considere atípica a conduta), ele deverá determinar o relaxamento da prisão, nos termos do art. 310, I, do CPP, sem prejuízo de que posteriormente o Ministério Público reúna os elementos de informação preliminar suficientes a justificar a sustentação da tipificação inicialmente pretendida. Da mesma forma, se há requerimento de uma medida cautelar penal, como busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica ou quebra de sigilos constitucionalmente qualificados, deve o juiz analisar se o requerimento do Ministério Público está instruído com elementos de informação que forneçam indícios suficientes da prática dos crimes referidos, podendo indeferir o pedido, sem prejuízo de sua reiteração caso surjam novos indícios a justificá-lo⁷⁰⁶.

Nessa situação, ainda que indeferido o pedido do Ministério Público, se ele pretende continuar investigando o crime mais grave, não nos parece adequado ao juiz se manifestar imediatamente pelo declínio de competência para o Juizado Especial Criminal (ou para uma outra Vara especializada), mas deverá aguardar que o Ministério Público reúna os elementos de informação preliminar aptos a justificar sua pretensão acusatória. Isso porque, nessa fase, o Ministério Público pretende ver investigado um crime mais grave (uma verdadeira “pretensão investigativa” a delimitar a competência jurisdicional). Essa questão da definição da tipicidade na fase das investigações também é relevante para se aferir a competência do Juízo perante o qual o IP deverá tramitar (já que no Brasil ainda há esse malfadado sistema de

⁷⁰⁶ Nesse sentido: STF, Pleno, QO-Pet 577, rel. Min. Carlos Velloso, j. 25 mar. 1992, DJ 23 abr. 1993, p. 6918.

tramitação triangular nas investigações): se o fato ainda está sendo objeto de esclarecimento, deverá o juiz aguardar que o Ministério Público finalize sua *opinio delicti*, permitindo a continuidade das investigações. Em síntese, cabe ao Ministério Público, e não ao juiz, definir qual é o fato típico (em tese) que ele pretende ver investigado.

Excepcionalmente, se a materialidade do fato já está definida e o Ministério Público procura avançar nas investigações para esclarecer tão somente a autoria, nessa situação parece-nos razoável que o juiz inste o Ministério Público a pronunciar-se sobre a tipicidade da conduta, de forma a posteriormente aferir sua competência para continuar na investigação. A questão será decidida com o esclarecimento, pelo Ministério Público, de quais fatos em tese ele ainda pretende continuar investigando. O sistema acusatório não permite ao juiz adiantar-se ao Ministério Público na formação da *opinio delicti*, determinando certa tolerância na continuidade das investigações para se reunir a prova do fato que em tese o Ministério Público entende ter ocorrido⁷⁰⁷. Especialmente, não cabe jamais ao magistrado determinar a realização de indiciamento, pois essa função de imputação preliminar de fatos ao sujeito passivo é incompatível com o sistema acusatório⁷⁰⁸.

Esse problema da competência judicial para apreciar promoção de arquivamento acaba sendo uma disfunção no sistema brasileiro, pois se trata de uma competência

⁷⁰⁷ Nesse sentido, ver decisão do STF: “Direito processual penal. Formação da *opinio delicti*. Art. 129, I, CF. Atribuição exclusiva do Ministério Público. Recurso extraordinário interposto contra acórdãos do TRF 3ª Região que reconheceram a incompetência recursal daquela Corte, determinando a remessa dos autos à turma recursal do sistema dos juizados especiais federais. Art. 129, I, da Constituição, atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a função de promover a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação ou requisição) e, para tanto, é necessária a formação da *opinio delicti*. Ainda que haja indicação, por parte da autoridade policial, de dispositivos legais, apenas o órgão de atuação do Ministério Público detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal. Possibilidade de os fatos sob investigação serem capitulados nos arts. 40 e 48, da Lei 9.605/1998, a caracterizar a competência do juízo da vara federal especializada em matéria penal, e não a competência dos juizados especiais criminais. Tal conclusão somente poderá ser alcançada após a formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público, não podendo o órgão do Poder Judiciário federal assumir atribuição que não lhe pertence constitucionalmente”; STF, 2ª T., RE 498.261, rel. Min. Ellen Gracie, j. 17 jun. 2008, DJE 1 ago. 2008. Ver ainda: “Contraria o disposto no art. 129, I, da CF a decisão judicial, que em fase anterior à própria demanda, cerceia a titularidade do Ministério Público, definindo, em caráter terminativo, a competência do Juízo, só perante o qual poderá ser promovida a ação penal”; STF, 1ª T., RE 222.283, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24 mar. 1998, DJ 8 maio 1998. No mesmo sentido: STF, 2ª T., RE 540.597, rel. Min. Ellen Gracie, 17 jun. 2008, DJE 1 ago. 2008.

⁷⁰⁸ Nesse sentido, conferir decisão: “Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que

para apreciar o não exercício da jurisdição diante de um fato que se entende ou não configurar crime, ou não haver prova de sua materialidade ou autoria. Portanto, qual juiz é competente para dizer que um fato não ocorreu? Melhor seria a questão ser decidida internamente no âmbito do Ministério Público. Enquanto o problema não se soluciona mediante uma reforma infraconstitucional, parece-nos que a solução do problema específico da competência se faz pela análise de qual fato investigado se afasta: a competência para homologar promoção de arquivamento diante de uma situação potencialmente controvertida que analisa a inexistência de interesse da União é do juiz federal, a competência para dizer que não se trata de crime militar é da Justiça Militar, a competência para promover arquivamento de crime doloso contra a vida numa situação potencialmente controvertida é do juiz da Vara do Tribunal do Júri; ou seja, a competência para apreciar a promoção de arquivamento se dá pela qualificação jurídica inicial da *notitia criminis*, que indicou qual era o fato que se imaginava estar investigando (o que se torna muito mais complexo quando, *ab initio*, o fato estava “em apuração”, ou seja, sequer se sabia qual será a possível tipificação criminal da conduta).

De qualquer sorte, em nenhuma situação haverá conflito de atribuições entre o Ministério Público e a autoridade policial no que tange à definição da tipicidade das condutas investigadas e especialmente de individualização do sujeito passivo da persecução penal. Provavelmente, o palco para a maioria dos possíveis conflitos nessa área será no ato do indiciamento⁷⁰⁹. Parece-nos que não configura uma invasão da titularidade privativa do Ministério Público a possibilidade de a autoridade policial realizar o indiciamento de uma pessoa, indicando de forma objetiva que os indícios da prática do crime recaem sobre determinada pessoa⁷¹⁰. Todavia, se o Ministério Público discorda da tipicidade provisória feita pela autoridade policial, ele exara uma manifestação nos autos definindo sua *opinio delicti* (no âmbito dessa fase pré-processual) e a investigação prosseguirá sob essa tipificação. Essa hipótese apenas pode ter lugar no caso de o Ministério Público verificar que já há indícios iniciais contra uma pessoa, mas

o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013”; STF, 2ª T., rel. Min. Teori Zavascki, HC 115.015, j. 27 ago. 2013, DJU 12 set. 2013.

⁷⁰⁹ Para uma visão crítica do indiciamento no sistema brasileiro, ver: Lopes Jr., 2003:291-308; Choukr, 2001:165-178; S.R. Souza e W. Silva, 2010:81-85. Para uma visão mais antiga, que já indicava quanto à necessidade de prévia manifestação do Ministério Público, ver G.S.A. Souza, 1992. Mais recentemente, advogando que é uma violação ao sistema acusatório a Polícia realizar indiciamento: E.C. Silva, 2010:122.

⁷¹⁰ Há entendimento antigo de que seria uma inversão processual exigir que o indiciamento tivesse prévia manifestação do Ministério Público (ou seja, a Polícia Judiciária possui legitimidade para realizar diretamente o

requisitar a continuidade das investigações, indicando novas diligências. Isso porque, se o Ministério Público já promove imediatamente a ação penal, não há qualquer utilidade processual em se requisitar o indiciamento. Há jurisprudência pacífica do STJ de que a requisição ministerial de indiciamento após o recebimento da denúncia é um constrangimento ilegal desnecessário, pois a denúncia é obviamente mais grave que o indiciamento, indicando o caráter instrumental entre o indiciamento (indicação do risco de ser futuramente acusado) e a acusação em si⁷¹¹.

Nessa situação de o Ministério Público requisitar novas diligências e indicar quem entende ser o suspeito, o Ministério Público deve esclarecer: “O Ministério Público entende que os fatos investigados provavelmente ocorreram da forma A e não da forma B. O Ministério Público entende que o fato A configura o crime X e não o crime Y. O Ministério Público entende que o suspeito da prática do fato A é a pessoa α e não a pessoa β . Prossegue-se na investigação do fato A pela pessoa α configurando o crime X. O Ministério Público requisita à Polícia a realização de tais e tais diligências”. E como toda manifestação ministerial, deve ser fundamentada (ainda que de forma concisa) nas razões que justificam uma tipificação ou não outra aparentemente possível, cf. art. 129, VIII, da CRFB/1988. Ainda que a autoridade policial entenda que o fato A configura o crime Y, não cabe discordância, pois a *opinio delicti* pertence ao *dominus litis*.

Uma interpretação conforme a Constituição do instituto do indiciamento, à luz do sistema acusatório, deveria concluir que o indiciamento é já uma acusação preliminar, uma imputação provisória de fatos a uma determinada pessoa investigada, com a finalidade de delimitar o sujeito passivo da investigação e os fatos investigados, com o escopo central de definir sua titularidade de direitos como formalmente investigado (direito ao silêncio, à vista dos autos mediante advogado, à impetração de *habeas corpus* na hipótese de arbitrariedade tendente à

indiciamento): STJ, 5ª T., RHC 4.461/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, j. 19 abr. 1995, DJ 15 maio 1995, p. 13417.

⁷¹¹ Assim, o STJ entende que o IP é direcionado à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e que seria desnecessário indiciamento após o oferecimento da denúncia: STJ, 5ª T., HC 78.984/SP, rel. Ministro Jorge Mussi, j. 26 out. 2010, DJe 13 dez. 2010; STJ, 5ª T., HC 61.033/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 8 nov. 2007, DJ 17 dez. 2007, p. 235. Esses julgados também evidenciam como o indiciamento é muitas vezes utilizado como mero instrumento de estigmatização social, sem qualquer outro resultado prático, já que a única finalidade do indiciamento seria que constasse da certidão de antecedentes criminais (normalmente para fins empregatícios) que a pessoa é investigada em inquérito policial. Sobre a impossibilidade de difundir essa informação relativa a IP's em andamento, ver STJ, 6ª T., MS 5.195/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 17 out. 1995, DJ 6 maio 1996, p. 14477.

restrição de seu direito de liberdade, de formular requerimentos de diligências investigativas, de participar das perícias *etc.*)⁷¹². Assim, sendo um esboço de acusação preliminar (ainda provisória, sujeita ao desenrolar das investigações, mas já uma imputação da prática de fatos penalmente relevantes), essa acusação deveria ser privativa do Ministério Público⁷¹³. No mínimo, a tipificação provisória feita pela autoridade policial deveria ser submetida a uma obrigatória e explícita revisão pelo Ministério Público, concretizando-se por ambos o princípio da fundamentação sobre as decisões administrativas⁷¹⁴.

Isso porque o CPP não regulamenta explicitamente o indiciamento, ele apenas pressupõe que ele existe; poder-se-ia dizer que o indiciamento, conforme a estrita regulamentação do CPP, é um estado da investigação que até mesmo prescindiria de declaração formal: se alguém está sendo investigado pela Polícia ele é materialmente indiciado, ainda que formalmente não o tenha sido⁷¹⁵. A possibilidade de o Ministério Público requisitar o indiciamento de uma pessoa está implícita no art. 5º, § 1º, “b”, do CPP, quando fala que a requisição de instauração de IP pelo Ministério Público deverá já contar com a individualização do indiciado, se tal for possível, ou seja, segundo o CPP já há um indiciado no ato da requisição de instauração de IP pelo Ministério Público. Em seguida, o CPP menciona, em seu art. 6º, V, que a autoridade policial, logo que tiver conhecimento da prática de infração penal, deverá ouvir o indiciado, ordenar sua identificação e averiguar sua vida pregressa, ficando novamente implícito que se alguém é o suspeito do crime e foi interrogado pelos fatos em apuração ou foi identificado criminalmente, ele é materialmente um indiciado (ainda que o indiciamento não se confunda com o interrogatório ou a identificação

⁷¹² Na visão do TEDH, o indiciamento equivale a um ato de acusação (TEDH, *Serves vs. França*, 20 out. 1997). Sobre o estatuto de direitos do investigado, ver considerações críticas em Guinchard e Buisson, 2009:648-651.

⁷¹³ Nesse sentido, defendeu entre nós G.S.A. Souza, 1992, que é conveniente que o indiciamento seja precedido de prévia manifestação do Ministério Público, pois ele é quem define a probabilidade de uma pessoa ser acusada.

⁷¹⁴ Sobre a relevância da fundamentação do ato de indiciamento, ver Choukr, 2001:179 *et seq.*; S.R. Souza e W. Silva, 2010:83-84.

⁷¹⁵ Nesse sentido, afirma J.F. Marques, 2009(v.2):49: “a pessoa suspeita da prática do crime passa a figurar como *indiciado* a partir do momento em que se instaura o inquérito policial”, virtualmente identificando o indiciado com a pessoa suspeita da prática do crime, independentemente de ato formal para essa declaração. Em sentido semelhante: Tourinho Filho, 2010(v.1):266. Vale destacar a definição de indiciamento de Sérgio Sobrinho, 2003:101: “ele pode ser considerado como um juízo de valor preliminar e precário, realizado de ofício pela autoridade policial ou mediante atendimento de requisição (promotor de justiça, juiz ou tribunal), cujo efeito é o apontamento provisório de um sujeito como provável autor de uma infração penal mediante reunião de elementos de prova fundamentadores desta conclusão”.

criminal, mas seja uma ato logicamente anterior)⁷¹⁶. Se uma pessoa é presa em flagrante delito, ela é automaticamente colocada na posição de indiciado com o recebimento da nota de culpa, conforme o art. 306 do CPP. Nesse sentido, indiciado é quase que sinônimo de investigado.

O CPP não prevê um ato formal de indiciamento. Todavia, a prática administrativa policial acabou por sedimentar que o indiciamento se realiza por um ato formal do delegado de polícia, até mesmo porque as demais diligências investigativas relativas ao investigado necessitam que se tenha esclarecido quem é o investigado, sendo conveniente que esse esclarecimento se dê por um ato formal, inclusive para deixar claro seus direitos enquanto investigado. Essa praxe criou um verdadeiro direito processual consuetudinário, de que o indiciamento se realiza mediante um ato formal do delegado de polícia⁷¹⁷. A não participação ordinária do Ministério Público nesse ato é explicada pela omissão histórica do Ministério Público brasileiro de acompanhar de forma efetiva as investigações, colocando-se ele mesmo numa posição de mero receptor das informações produzidas pela Polícia. Todavia, esse paradigma alterou-se brutalmente com o advento da CRFB/1988, em especial com previsão da promoção privativa da ação penal e do controle externo da atividade policial, ambos pelo Ministério Público. Assim, essa praxe deve ser revista à luz dos valores constitucionais. E cabe especialmente ao Ministério Público assumir essa responsabilidade de exercer o controle externo sobre a direção da investigação criminal, à luz de seu futuro exercício da ação penal.

Recentemente, a Lei n. 12.830/2013 previu em seu art. 2º, § 6º, que “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”. Como se vê, esse dispositivo não trilhou na linha da prévia manifestação do Ministério Público, nem da previsão de uma homologação posterior. Ainda assim, a expressão “privativo” do dispositivo merece uma interpretação conforme à Constituição, para se interpretar que ele é tão somente uma divisão de atribuições interna à instituição policial, ou seja, é inadmissível que um escrivão ou um agente de polícia venham realizar o indiciamento formal de um investigado, na medida em que tal ato deve passar pelo controle do delegado de polícia. Veja-se que todos os demais

⁷¹⁶ Daí porque Lopes Jr., 2003:302, afirma que, na falta de um ato formal de indiciamento, o interrogatório policial deve ser considerado como o ponto chave para o nascimento da situação de indiciado. Sobre a confusão entre indiciamento em identificação criminal, ver Choukr, 2001:176-178.

dispositivos dessa lei estão relacionados à impossibilidade de pressões internas na instituição policial sobre o delegado de polícia, e não aos vínculos funcionais inerentes à relação jurídico-processual entre a Polícia e o Sistema de Justiça. Tanto que essa mesma lei recebeu veto presidencial ao seu art. 2º, § 3º, que dava a entender que a direção da atividade de investigação policial era privativa do delegado de polícia, por se entender que essa atribuição do delegado de direção imediata não poderia suplantiar o poder de direção mediata inerente ao titular do controle da persecução penal, o Ministério Público. Assim, esse dispositivo não pode impedir o Ministério Público, responsável constitucional pela decisão de formação de convicção acusatória derivada do procedimento de investigação policial, de analisar as informações investigativas e indicar que determinada pessoa é suspeita da prática do crime, e como tal deve ser considerada como materialmente investigada, daí derivando-se todos os direitos relacionados ao estatuto de indiciado. Essa nova lei indica que a manifestação de indiciamento deve ser fundamentada. A obrigação de fundamentação para as manifestações do Ministério Público já derivava diretamente da CRFB/1988, art. 129, VIII, *in fine*. Agora está explícita também para o delegado de polícia, no âmbito do despacho de indiciamento.

A jurisprudência mais antiga do STF entendia que era admissível o Ministério Público formular à autoridade policial requisição de indiciamento de determinada pessoa, a qual estaria implícita na possibilidade de formular requisição de instauração de IP⁷¹⁸. Inclusive, a jurisprudência mais recente subordinou o indiciamento a ato do Ministério Público no caso das ações penais originárias de Tribunal, nas quais a própria abertura de inquérito (com o respectivo indiciamento) está subordinada a uma manifestação do Ministério Público endereçada ao relator perante o Tribunal⁷¹⁹. Também há jurisprudência do STJ que entende que se o Ministério Público

⁷¹⁷ A posição doutrinária de que o indiciamento é ato privativo da autoridade policial pode ser remetida a Pitombo, 1983.

⁷¹⁸ Há decisões antigas do STF no sentido de que, se o Ministério Público requisita à autoridade policial o indiciamento de determinada pessoa, ainda no curso das investigações, tal fato não configuraria por si só uma coação arbitrária: STF, 2ª T., RHC 49630, rel. Min. Eloy da Rocha, j. 7 abr. 1972, DJ 5 jun. 1972; STF, 2ª T., RHC 58143, rel. Min. Décio Miranda, j. 12 set. 1980, DJ 24 out. 1980, p. 8605. Outro precedente afirma que o Ministério Público pode requisitar o indiciamento, mas não pode impedir que a autoridade policial o realize: STF, 1ª T., RHC 61454, rel. Min. Soares Munoz, j. 30 mar. 1984, DJ 27 abr. 1984, p. 6255.

⁷¹⁹ Nesse sentido: STF, Pleno, QO-Pet 3825, rel. Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 10 out. 2007, DJe 3 abr. 2008. Nesse caso, a autoridade policial iniciou de ofício IP contra Senador, já indiciando-o de plano, sendo que o Ministério Público entendeu que desde o início não havia provas suficientes para o indiciamento, pelo que o STF determinou a anulação do indiciamento. Em sentido semelhante, ver: STJ, APN .290/PR, rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 16 mar. 2005, DJ 26 set. 2005, p. 159.

requisita a realização de indiciamento e há indícios a respaldá-lo, ele deve ser realizado pela autoridade policial⁷²⁰.

Entendemos que a questão deve ser solucionada com a eficácia imediata da manifestação do Ministério Público. Se o Ministério Público entende que o fato investigado é o fato A, praticado por α , e que configura o crime X, essa manifestação já possui eficácia imediata, substitutiva da tipificação provisória feita pela autoridade policial. Não é necessário requisitar o indiciamento ou sua alteração à autoridade policial. Nessa situação, ainda que o Ministério Público requirite o indiciamento pelo fato X e a autoridade policial mantenha o indiciamento pelo fato Y, materialmente o investigado estará sendo investigado pelo fato X, pois o titular da ação penal e da *opinio delicti* assim o entende. Ainda que o Ministério Público entenda que praticaram o fato as pessoas α e β , e a autoridade policial entenda que foi apenas a pessoa α , a pessoa β estará sendo materialmente investigada pelo crime pois não é possível à autoridade policial recusar cumprimento das requisições de diligências para a investigação de β .

O esclarecimento de quais fatos o Ministério Público pretende exercer sua ação penal é relevante para já se esclarecer ao investigado qual é o risco a que está submetido (o risco de ser processado pelos fatos que o Ministério Público, titular da ação penal, entende viáveis). Quem estabelece na fase das investigações quem está sob o risco de ser futuramente processado e por quais fatos há o risco de ser processado é quem detém o poder de processar. De nada adianta a autoridade policial indiciar o suspeito por um crime menos grave, e interrogá-lo apenas em relação a esses fatos, se o Ministério Público já vislumbra que provavelmente irá processar o suspeito por outro crime mais grave: nessa situação, o indiciamento pela autoridade policial seria um verdadeiro engodo ao investigado, subtraindo-lhe a possibilidade de defender-se de forma mais ampla dos outros fatos que provavelmente responderá.

É uma questão de boa-fé processual permitir ao indiciado, antes da realização de seu interrogatório, saber que está sendo ouvido já na condição de um suspeito da prática do crime, esclarecendo-lhe de quais fatos ele é considerado suspeito, ou seja, qual é a provável acusação que o Ministério Público pretende exercer contra si, para poder dela defender-se de forma adequada em seu interrogatório, ainda na fase das investigações e, especialmente, para

⁷²⁰ STJ, 5ª T., RHC 17.038/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15 mar. 2005, DJ 9 maio 2005, p. 434. Em sentido semelhante, ver Sérgio Sobrinho, 2003:101.

assegurar-lhe o direito constitucional ao silêncio em seu interrogatório⁷²¹. Assim, o ato de indiciamento deve ser visto como um protótipo da provável acusação, um esclarecimento que determinada pessoa provavelmente é um futuro réu (ainda que nem todos os indiciados se tornem réus), um ato destinado a permitir numa verdadeira aplicação antecipada do princípio da ampla defesa já na fase das investigações. Nesse sentido, usualmente nos países europeus, o indiciamento formal é um ato realizado pelo titular da ação penal ou pelo juiz de instrução (sem prejuízo de que, em determinadas situações, a Polícia se adiante numa definição provisória da qualidade de investigado para permitir-lhe o exercício de seus direitos, definição esta sempre passível de revisão pelo Ministério Público)⁷²².

⁷²¹ Nesse sentido: Lopes Jr., 2003:299. O interrogatório, visto enquanto instrumento de defesa, exige essa perspectiva. Obviamente, se o suspeito não é conhecido e ainda é ouvido como testemunha (envolvido), essa comunicação é faticamente impossível, mas a partir do instante em que os indícios passam a convergir sobre determinada pessoa, o direito à ampla defesa, em sua perspectiva antecipada na fase das investigações, exige que haja uma comunicação ao suspeito dessa sua situação de “pessoa sobre quem convergem os indícios”, ou seja, de indiciado, inclusive o direito de ter acesso aos autos para conhecer as informações preliminares que existem contra si. Sobre o direito à informação enquanto integrante da ampla defesa (mas analisando o tema apenas no âmbito da ação penal), ver Tucci, 2004:178. Sobre o indiciamento como um “rascunho de eventual acusação”, ver Pitombo, 1983.

⁷²² Em **Portugal**, a figura do indiciamento corresponde à da “constituição de arguido”, prevista no art. 58 do CPP português, que pode ser feita tanto por órgão de polícia criminal quanto pelo Ministério Público; todavia, após reforma feita pela Lei n. 48/2007, quando essa constituição de arguido é feita pelo órgão de polícia criminal, ela deverá ser comunicada ao Ministério Público no prazo de 10 dias, para a respectiva convalidação no prazo de 10 dias, sob pena de, já havendo fundadas suspeitas sobre determinada pessoa e sendo ela ouvida sem sua constituição como arguido, haver uma nulidade relativa ante a violação do direito ao silêncio (sanável pela posterior autorização de uso das informações pelo investigado); tanto que, se durante a oitiva de uma testemunha surgirem indícios de que ela é a suspeita do crime, o depoimento deverá ser imediatamente suspenso, ela deverá ser constituída como arguida, e a oitiva prosseguirá com seu interrogatório, cf. art. 59 do CPP português. Sobre o tema, conferir: P.P. Albuquerque, 2009:170-175; VVAA, 2009:131-139; M.L.M. Gonçalves, 2009:185. Já na **Espanha**, o estágio de investigado (imputado) é um mero estado de fato de recair sobre determinada pessoa as suspeitas da prática de um crime, o que já lhe atribui um gama de direitos (ver *Ley de Enjuiciamiento Criminal* - LECrim, art. 118.I; STC135/1989 e Oliva Santos *et al.*, 2007:161-162); já o ato formal de esclarecer que uma determina pessoa é a investigada (*auto declarando persona procesada*) é feito pelo juiz de instrução (art. 384.1 da LECrim), entendendo a jurisprudência espanhola que ele deve ocorrer sempre que já estiverem presentes indícios razoáveis contra determinada pessoa (Espanha, STS 7 dez. 1984); o indiciamento tem lá a finalidade de já permitir o exercício de alguns direitos pelo investigado (art. 384.2 da LECrim; ver ainda Moreno Catena e Cortéz Dominguez, 2008:211-218). Na França, Itália e Alemanha, não há um ato formal de declaração de indiciamento, o que existe é que antes do interrogatório há uma obrigação de informar ao inquirido que ele é ouvido na qualidade de suspeito da prática do crime, indicando-se os fatos e esclarecendo-se-lhe seus direitos na qualidade de investigado. Assim, na **França**, não há ato de indiciamento realizado pela Polícia, havendo apenas a regra de que se uma pessoa for ouvida na qualidade de suspeito na fase da *enquête préliminaire* (conduzida pela Polícia sob supervisão do Ministério Público), deve ser informada de seu direito ao silêncio (ver, para o interrogatório policial no caso de prisão em flagrante, o art. 63-4.4 do CPP francês). A atribuição formal da qualidade de indiciado (*mise en examen*) é feita no curso da instrução pelo juiz de instrução; mas se sobre uma pessoa já recaem fundadas suspeitas (ainda não inteiramente confirmadas), ela deve ser ouvida como “testemunha assistida” (*témoin assisté*), tendo os mesmos direitos do indiciado (art. 152 do CPP francês). Ver por todos Guinchard e Buisson, 2009:512, 570 e 877. Na **Itália**, não há um ato formal de estabelecimento do indiciado, mas o art. 65 do CPP italiano estabelece que antes de proceder à realização do interrogatório, o qual será sempre assistido pelo advogado, deve-

Também entendemos que essa manifestação do Ministério Público não precisa ser rotulada como o indiciamento, ainda que tenha funcionalmente os mesmos efeitos: individualização da pessoa investigada e dos fatos de que é suspeita, esclarecimento da tipificação provisória dos fatos no âmbito das investigações, conferindo-se, assim, certeza à sua esfera de direitos enquanto sujeito passivo da investigação. No sistema atual, essa manifestação do Ministério Público deriva da prerrogativa que ele possui de indicar quem é o indiciado, prevista no art. 5, § 1º, II, do CPP, interpretada à luz do sistema constitucional acusatório. Assim, se a autoridade policial entende que os fatos são menos graves e o Ministério Público entende que os fatos são mais graves, o correto seria o Ministério Público exarar sua manifestação e em seguida a autoridade policial realizar o respectivo indiciamento, por ser um ato vinculado nessa situação⁷²³; todavia, ainda que não ocorra esse indiciamento formal, a investigação deverá

se dar conhecimento do investigado dos fatos pelos quais está sendo investigado e de seu direito ao silêncio, sob pena de *inuizzabilità* das informações colhidas. A Polícia apenas pode realizar entrevista do suspeito solto (não preso), a qual é denominada de *sommario informazione* (CPP italiano, art. 350.1) e mesmo assim será obrigatória a presença de advogado. Há controvérsia se seria também necessária a prévia comunicação dos fatos ao investigado no âmbito da entrevista policial ou se seria apenas para o interrogatório perante o Ministério Público (na primeira posição, ver D'Ambrosio e Vigna, 2003:234; para a segunda, mais recente e aquilatada, ver Lupária, 2009:205). Na **Alemanha**, antes do início do primeiro interrogatório (*ersten Vernehmung*) do suspeito pela Polícia, ele deve ser informado dos fatos de que é suspeito de ter praticado e dos direitos que possui enquanto investigado (§ 163a.4 c/c § 136.1 da StPO), e a violação dessa obrigação também gera a proibição de utilização das informações (Roxin, 2000:211). Portanto, nesses últimos países descritos, a qualidade de indiciado deriva não de um ato formal, mas de sua posição fática nas investigações (pessoa contra quem recaem os indícios), o que já lhe atribui os direitos respectivos de indiciado. Parece-nos que o controle pelo Ministério Público do indiciamento feito pela Polícia, conforme o sistema português, para ser o mais adequado ao sistema acusatório e à maximização do direito de defesa já na fase das investigações.

⁷²³ A bem da verdade, o correto seria o Ministério Público exarar seu esclarecimento sobre quais são os fatos investigados, quem é o suspeito, e qual é a qualificação jurídica da *notitia criminis*, e essa manifestação já valer como a definição de indiciamento, sem necessidade de requisição de tal providência à autoridade policial. Quando o Ministério Público requisita o indiciamento e a autoridade policial se nega a realizá-lo, ao argumento de que quem preside exclusivamente o IP é o delegado de polícia, cria-se uma situação de disfunção desnecessária, pois basta ao Ministério Público exarar qual é a sua manifestação sobre o caso, e tudo o que passar disso configurará excesso impugnável pela defesa. Vale lembrar que “o inquérito policial é peça meramente informativa, com a única função de fornecer os elementos de convicção necessários à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal. Assim, o Ministério Público, por ser o *dominus litis*, não está adstrito às conclusões da Autoridade Policial, podendo buscar quaisquer outros elementos idôneos para exercer seu mister e, entendendo que os indícios de autoria são suficientes, oferecer a denúncia”; STJ, 5ª T., RHC 19.965/RS, rel. Min Laurita Vaz, j. 27 mar. 2008, DJe 22 abr. 2008. Ver ainda: “Para fim de instauração de ação penal, mostra-se irrelevante a divergência entre o tipo legal constante do indiciamento pela autoridade policial e aquele lançado pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, uma vez que este é o detentor da titularidade da ação penal pública (*dominus litis*)”; STJ, 5ª T., HC 74.467/MG, rel. Min. Felix Fischer, j. 19 abr. 2007, DJ 4 jun. 2007, p. 412. “A adequação típica, atribuída pelo delegado de polícia, em fase de inquérito policial, não impede que o Ministério Público, verdadeiro *dominus litis*, vislumbre outras condutas delituosas”; STJ, 5ª T., HC 26.920/SC, rel. Min. Felix Fischer, j. 4 mar. 2004, DJ 3 maio 2004, p. 188. Entendendo que não cabe ao Ministério Público requisitar à autoridade policial o indiciamento, pois isso equivaleria a obrigar a autoridade policial a concordar com o entendimento do Ministério Público: Nucci, 2008:92 (embora afirme que o Ministério Público pode denunciar quem não está indiciado, requisitando sua qualificação e outras diligências pertinentes).

materialmente prosseguir pelos fatos mais graves, e o investigado deverá ter assegurados todos os direitos de investigado por esses fatos. Aliás, mesmo quando a autoridade policial ou o Ministério Público não tenham ainda afirmado expressamente que determinada pessoa é a suspeita do crime, se ela for ouvida como uma testemunha, mas for um possível suspeito da prática do crime, ela já gozará dos direitos de indiciado, entre os quais a dispensa de assinatura de termo de compromisso ante o seu direito constitucional ao silêncio, bem como o de fazer-se acompanhado de defensor⁷²⁴. Mesmo que a autoridade policial não cumpra uma requisição de indiciamento, o que jamais se admite é que a autoridade policial se recuse a cumprir as diligências de investigação requisitadas pelo Ministério Público em relação aos fatos ou às pessoas por ele indicadas, atribuindo os direitos de investigado às pessoas materialmente investigadas.

Mas se o Ministério Público entende que os fatos são menos graves que os apontados pela autoridade policial, ou que determinada pessoa deve ser excluída das investigações, a manifestação do Ministério Público cria automaticamente uma situação de ilegitimidade para o anterior indiciamento, pois o titular da ação penal afirma desde já que não há indícios suficientes de determinado fato, ou contra determinada pessoa, ou que os fatos cujos indícios estão presentes configura infração penal diversa da que consta do indiciamento. Nessa situação, há que se aplicar o entendimento jurisprudencial de que, se o indiciamento não se sustenta em indícios suficientes, há uma lesão aos interesses do investigado a justificar a anulação judicial do ato de indiciamento⁷²⁵. Assim, se o titular da ação penal já exara uma *opinio delicti*

⁷²⁴ Nesse sentido: “O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. - O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. [...]”, STF, Pleno, HC 79812, rel. Min. Celso de Mello, j. 8 nov. 2000, DJ 16 fev. 2001, p. 21. Em sentido semelhante, ver ainda: STF, Pleno, HC 100200, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 8 abr. 2010, DJe-159 26 ago. 2010; STF, Pleno, HC 80584, rel. Min. Néri da Silveira, 8 mar. 2001, DJ 6 abr. 2001, p. 69. Sobre os direitos do indiciado, ver Lopes Jr., 2003:302-308; Choukr, 2001:29-42. Tais autores ainda preconizam que o indiciamento deveria também ter como objeto, *de lege ferenda*, estabelecer alguma limitação temporal para a conclusão das investigações. Para uma visão comparada dos diversos direitos e deveres do investigado, ver a regulamentação do art. 61 do CPP português.

⁷²⁵ Nesse sentido, admitindo a anulação do indiciamento por evidente falta de provas suficientes: STF, 2ª T., HC 85541, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22 abr. 2008, DJe-157 21 ago. 2008; STJ, 6ª T., HC 43.599/SP, rel. Min. Paulo Medina, j. 9 dez. 2005, DJe 4 ago. 2008. Em sentido contrário, entendendo que o simples indiciamento não configura constrangimento impugnável pela via do habeas corpus: STF, 2ª T., RHC 86314, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11 out. 2005, DJ 28 out. 2005, p. 61. Indicando que se a falta de provas para o indiciamento não é evidente não

menos gravosa que a tipificação provisória feita pela autoridade policial, cabe ao juiz determinar a anulação do indiciamento anterior, sob pena de haver constrangimento ilegal; e se o juiz indeferir tal anulação, caberá *habeas corpus*. De *lege ferenda*, o correto seria o Ministério Público poder determinar diretamente o “desindiciamento”, ou a correção do indiciamento.

A bem da verdade, a utilização do indiciamento pela autoridade policial em situação em que o Ministério Público não concorda com o indiciamento privilegia apenas o uso do indiciamento enquanto instrumento de estigmatização social, um instrumento de poder simbólico à disposição da autoridade policial sem o respectivo respaldo de quem é titular do direito de promover a ação penal decorrente da investigação⁷²⁶.

Registre-se, finalmente, que a incursão pela autoridade policial na tipicidade da conduta deve ser sempre formal, sem avançar em demasia sobre questões controvertidas, as quais devem ser apreciadas em primeira linha pelo *dominus litis*. Assim, por exemplo, há farta doutrina nacional no sentido de que a autoridade policial não deve ingressar na discussão aprofundada sobre a tipicidade da conduta no âmbito de seu relatório conclusivo do IP⁷²⁷.

haverá constrangimento ilegal: STF, 1ª T., HC 86149, rel. Min. Eros Grau, j. 6 set. 2005, DJ 7 out. 2005, p. 27. Limitando a possibilidade de anulação do indiciamento apenas aos casos de atipicidade manifesta: STF, 2ª T., RHC 62468, rel. Min. Moreira Alves, j. 16 nov. 1984, DJ 12 abr. 1985, p. 4932.

⁷²⁶ Choukr, 2001:166.

⁷²⁷ Conferir várias posições sobre o tema: “Assim, a direção do inquérito policial é única e exclusivamente à apuração das infrações penais. Não deve a autoridade policial emitir qualquer juízo de valor quando da elaboração de seu relatório conclusivo. Há relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias ou sentenças. É o ranço do inquisitorialismo no seio policial”, Rangel, 2009:91; “Encerradas as investigações, não podendo a Polícia Judiciária emitir qualquer juízo de valor – a não ser aquele meramente opinativo do relatório de encerramento do procedimento (art. 10, §§ 1º e 2º, CPP) – acerca dos fatos e do direito a eles aplicável, isto é, a respeito de eventual ocorrência de prescrição ou de qualquer outra causa extintiva da punibilidade, bem como acerca da suficiência ou insuficiência da prova, da existência ou inexistência de crime, os autos de inquérito deverão ser encaminhados ao Ministério Público [...]”, E.P. Oliveira, 2009:50-51; “Relatar o inquérito significa descrever todas as diligências realizadas na apuração, se abstendo o delegado de emitir juízos de valor ou opiniões pessoais sobre o fato típico, salvo impressões acerca das diligências investigatórias, sendo imprópria a realização de abordagem doutrinária ou jurisprudencial sobre o fato apurado, já que esta função caberá às partes do processo, mormente ao promotor a quem incumbe a *opinio delicti*”, M.P. Lima, 2008:141; “Efetivamente, o valor do relatório policial, num sistema que fosse aderente à CR e à CADH deve ser mínimo, na medida em que a capitulação jurídica cabe ao titular da ação penal (RT 738/633) e sua ausência, se tanto, configura mera irregularidade administrativa (JTJ 122/554)”, Choukr, 2009:67; “É natural que, determinando a lei que o relatório seja feito, a autoridade policial deve prezar a sua função, concretizando-o, o que não impede, em absoluto, se o fizer de modo resumido e inadequado, o prosseguimento do feito. Aliás, é o mais adequado, pois não tem nenhuma utilidade probatória para a instrução do processo, destinando-se o relatório ao esclarecimento do promotor acerca do que foi feito pelo Estado-investigação”, Nucci, 2008:102.

3.4.11 Titularidade para o requerimento de medidas cautelares investigativas

Uma consequência necessária da titularidade da ação penal pelo Ministério Público e do controle externo da atividade policial, visto aqui como uma forma de direção mediata das investigações, é o reenquadramento da postulação em juízo das medidas cautelares investigativas que importem em restrição de direitos fundamentais. O Ministério Público não é um mero espectador da atividade investigativa realizada pela Polícia, dando uma “opinião” aqui e acolá sobre o trabalho da Polícia; o Ministério Público é, no sistema constitucional brasileiro, o órgão encarregado de controlar externamente a Polícia, pois o fruto do trabalho investigativo é direcionado ao Ministério Público.

Assim, deve-se reler as expressões constantes do CPP relativas à “representação” policial pela restrição de direitos fundamentais (busca domiciliar, prisão cautelar, interceptação telefônica, determinadas intervenções corporais *etc.*) como sendo apenas o que o nome já diz: uma representação⁷²⁸. Trata-se de uma comunicação ao Sistema de Justiça da conveniência de uma determinada medida investigativa, para que a autoridade competente tome as medidas cabíveis de ofício. Sendo certo que o juiz não pode agir de ofício na fase investigativa, compete ao titular da ação penal e responsável pelo controle externo diretivo da atividade policial avaliar a conveniência estratégica da medida investigativa “representada” para formular o respectivo requerimento. Assim, se o Ministério Público avalia conveniente o deferimento da medida, é o próprio Ministério Público que formula um requerimento judicial de restrição dos direitos fundamentais em jogo. Todavia, se o Ministério Público entende não conveniente as medidas investigativas comunicadas, o Ministério Público simplesmente informa (fundamentadamente) o motivo pelo qual entende não ser conveniente o deferimento das medidas investigativas restritivas de direitos fundamentais e deixa de formular o pedido respectivo.

⁷²⁸ Sobre a representação policial, ver CPP, art. 13, IV (prisão preventiva); art. 127 (medidas assecuratórias); art. 149, § 1º (incidente de insanidade mental do indiciado); art. 282, § 2º (para as medidas cautelares em geral); art. 311 (para a prisão preventiva); art. 3º, I da Lei n. 9.296/1996 (para as interceptações telefônicas, aqui falando em requerimento da autoridade policial); art. 2º da Lei n. 7.960/1989 (para a prisão temporária, inclusive subordinando nesse caso a decisão judicial à prévia oitiva do Ministério Público); art. 3º, IV da Lei n. 12.037/2009 (para a identificação criminal ou as intervenções corporais); art. 60 e 72 da Lei n. 11.343/2006 (para medidas cautelares patrimoniais sobre o investigado no caso de crimes de tráfico de drogas ou para destruição de drogas em processos já encerrados); art. 20 da Lei n. 11.340/2006 (para a prisão preventiva no caso de violência doméstica contra a mulher); Lei n. 12.850/2013, art. 4º, § 2º (para proposta de acordo de delação premiada) e art. 10, § 1º (para a infiltração de agentes encobertos).

Assim, se não há requerimento pelo titular da ação penal, não pode o juiz exercer jurisdição sem ação, cabendo-lhe tão somente não conhecer da representação policial. A Polícia não é um sujeito processual, portanto não possui capacidade postulatória, bem como ela não é a “dona da investigação”, a investigação é iniciada e conduzida pela Polícia, num espaço inicial de liberdade de atuação, até o direcionamento em sentido contrário pelo Ministério Público. Tanto que se eventualmente o juiz indeferir a representação policial não poderá a Polícia realizar sua impugnação recursal, pois apenas o titular da ação penal detém essa prerrogativa de postular em juízo. O Ministério Público não decide quanto à restrição de direitos fundamentais, ele decide quanto à conveniência de se realizar um ato postulatório em juízo, dando ao juiz a possibilidade de conceder ou denegar o pedido. Assim, é inadmissível, numa perspectiva constitucional, à luz do sistema acusatório, que o juiz defira uma representação policial em situação em que o Ministério Público considera legalmente inadmissível ou estrategicamente inconveniente a autorização judicial da medida investigativa informada pela Polícia ⁷²⁹.

Vale ressaltar que essa solução está expressamente consignada no processo penal português, pois o art. 194.2 daquele CPP estabelece: “Durante o inquérito, o juiz não pode aplicar medida de coacção ou de garantia patrimonial mais grave que a requerida pelo Ministério Público, sob pena de nulidade”. Essa lógica no sistema português é explicada por duas razões: por um lado, “a aplicação oficiosa de uma medida na fase do inquérito poderia prejudicar a actuação do Ministério Público nesta fase, nomeadamente o seu plano de investigações”⁷³⁰. Por outro lado, “tendo o processo penal essencialmente estrutura acusatória não seria de admitir a aplicação de quaisquer medidas limitadoras da liberdade do arguido sem promoção por parte do Ministério Público, segundo o princípio *ne procedat judex ex officio*”⁷³¹. Trata-se de uma consolidação do “princípio do pedido na fase do inquérito”, destinado a assegurar maior imparcialidade do juiz nessa fase processual, pois a imputação provisória dos fatos para justificar

⁷²⁹ Para críticas desse procedimento, ver E.C. Silva, 2010:105-116; A.B. Mendoça, 2011:67-70; W.C. Saraiva, 2010:151-170; L.G. Campos Filho, 2000. Em sentido semelhante sobre a titularidade exclusiva do Ministério Público para os procedimentos cautelares é a conclusão do Manual de Controle Externo da Atividade Policial: CNPG, 2012:91. Sobre a Polícia não ser sujeito processual, ver especificamente J.F. Dias, 1988. Com crítica mais genérica sobre a violação ao sistema acusatório pela iniciativa investigatória do juiz nos procedimentos cautelares, ver Prado, 2005:198-208. Em sentido contrário, ver o artigo do delegado de polícia Cabette, 2011.

⁷³⁰ G.M. Silva, 2008(v.II):307.

⁷³¹ *Loc. cit.*

o requerimento das medidas cautelares é atribuição exclusiva do titular da ação penal⁷³². Nas palavras de Mesquita, permitir que o juiz defira uma tutela cautelar sem que o titular da ação penal tenha sobre ela se manifestado significa violar a “tutela da confiança engendrada na interação comunicativa” e no *fair trial*⁷³³.

Em sentido semelhante, na Itália, o Ministério Público, ao ser comunicado da realização de uma prisão (em flagrante ou o *fermo*) deverá decidir se libera imediatamente o detido ou se formula um requerimento ao juiz para convalidar a prisão (CPP italiano, art. 390.1)⁷³⁴. Na Espanha, após a realização de uma prisão pela Polícia, o detido é imediatamente apresentado ao juiz (há prazos diversos conforme a gravidade do crime, mas em regra é de 24 horas pra crimes normais a 72 horas para crimes mais graves), devendo este realizar uma audiência de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo que, se não houver requerimento do Ministério Público para essa conversão, será obrigatória a concessão da liberdade provisória com fiança (LECrim, art. 505.4)⁷³⁵. Da mesma forma na França, após a detenção o autuado é apresentado ao Ministério Público, que poderá: (a) pedir um ordem de prisão (*mandat de dépôt*) ao juiz das liberdades e da detenção para submeter o investigado a prisão provisória (*détention provisoire*) (art. 396 do CPP francês); (b) solicitar ao juiz de instrução a colocação do detido sob controle judicial, aplicando-se-lhe uma das medidas cautelares alternativas à prisão; ou ainda (c) o próprio Ministério Público poderá decidir pela concessão de liberdade com posterior convocação para julgamento (art. 390-1 do CPP francês)⁷³⁶. É necessária a prévia manifestação do Ministério Público francês para expedição de um mandado de detenção (art. 131 do CPP francês), para submissão de uma pessoa a medida cautelar de controle judiciário (art. 140), para a detenção provisória (art. 145), bem como deverá se manifestar previamente nas solicitações de liberdade (art. 148.2)⁷³⁷. No Chile, o art. 140 do CPP é claro ao afirmar que a prisão preventiva apenas pode ser decretada pelo juiz mediante

⁷³² Albuquerque, 2009:552. Para uma visão do sistema português, ver ainda: VVAA, 2009:524; M.L.M. Gonçalves, 2009:481; Santos e Leal-Henriques, 2008:1233-1237. Ressalte-se que se o Ministério Público requerer uma medida cautelar na fase do inquérito o juiz poderá deferir outra diversa, desde que menos grave, bem como na fase de julgamento o juiz é inteiramente livre para deferir outras medidas de coação, sempre mediante prévia oitiva do Ministério Público, podendo ser, todavia, outras medida que não as apontadas pelo Ministério Público.

⁷³³ Mesquita, 2003:191.

⁷³⁴ A intervenção obrigatória do Ministério Público no processo de confirmação da prisão em flagrante é visto como uma garantia adicional ao investigado: Chiavario, 2009:626; Vergine, 2009:460.

⁷³⁵ Oliva Santos *et al.*, 2007:409-410.

⁷³⁶ Bouloc, 2010:411-415; Guinchard e Buisson, 2009:533-536.

⁷³⁷ Bouloc, 2010:152.

requerimento do Ministério Público ou do querelante, em audiência especificamente designada para essa finalidade, da qual o imputado deverá ser previamente intimado.

Verifica-se claramente que a garantia de se determinar a restrição de direitos fundamentais na fase investigativa mediante prévio requerimento do Ministério Público é uma concretização do princípio acusatório, no sentido de que é necessário um duplo controle dessa restrição: requerimento pelo Ministério Público (titular da ação penal e responsável pelo controle externo diretivo das investigações) e decisão imparcial pelo juiz (órgão de garantia dos direitos individuais e não de fiscalização da eficiência da investigação). Também tem direta relação com a estratégia de investigação e sua relação com o exercício imediato da ação penal e a atividade de assegurar o sucesso da investigação pelo Ministério Público.

Vale ressaltar que tanto o CNMP quanto o CNJ já foram chamados a se manifestar quanto à legitimidade de se perspectivar a representação policial não como um requerimento direto ao juiz, mas como uma comunicação ao Ministério Público, para que este sim formule o requerimento ao juiz⁷³⁸.

Imagine-se uma situação: a Polícia representa pela prisão preventiva de um investigado, o Ministério Público, analisando as informações investigativas já colhidas, verifica que ainda não tem elementos para o exercício da ação penal, pois ainda são necessárias as diligências X, Y e Z, sendo que, caso seja decretada a prisão preventiva, o IP deverá ser encerrado no prazo de 10 dias, sendo já absolutamente previsível que tais diligências pendentes não serão realizadas nesse prazo. Caso o juiz decrete a prisão do investigado contrariamente à posição do Ministério Público, ele estaria indiretamente criando uma situação de “coação” ao Ministério Público para ter que exercer a ação penal após os 10 dias, mesmo sem as provas que o titular da ação penal considera mais relevantes para o sucesso de sua ação penal, sob pena de relaxamento da prisão por excesso de prazo. Obviamente esse tipo de coação é inadmissível, de

⁷³⁸ CNMP, PP n. 0.00.000.002104/2010-39, rel. Cons. Almino Afonso Fernandes, j. 26 jan. 2011. Esse pedido de providências sequer foi conhecido, por se entender que se trata de atuação na área fim do Ministério Público; conferir trecho do voto do relator: “Por isso, como o Ministério Público é o titular da ação penal pública, entendo que somente ele tem legitimidade para ir a juízo requerer qualquer cautelar para viabilizar a ação principal. Daí ser fácil concluir que o delegado de polícia não pode requerer nenhuma cautelar em nome do titular da ação penal, uma vez que a legislação não o autoriza”. Em CNJ, PP n. 0000015-13.2011.2.00.0000, rel. Cons. José Adonis Callou de Araújo Sá, decisão monocrática de 19 jan. 2011, não foi conhecido o pedido por se tratar de matéria da área fim. Ver ainda manifestação de mérito endossando a tese, em MPF, 2ª CCR, PA nº 1.00.001.000095/2010-86, rel. Aurélio Virgílio Veiga Rios, j. 17 jan. 2011.

sorte que caso o Ministério Público não ofereça denúncia por entender que ainda não há provas suficientes, conforme anteriormente já adiantado, haverá a consolidação de uma restrição inadequada do direito fundamental do investigado, já que a restrição não foi apta ao fim que se predestinava, ou seja, já se mostra evidente que não será possível manter essa prisão ante os rumos da investigação aos olhos do titular da ação penal. Como a adequação é um dos pré-requisitos do princípio da proporcionalidade, deferir a prisão preventiva contra a manifestação do Ministério Público também viola o princípio da proporcionalidade.

Imagine-se outra situação ainda mais grave: após representação policial pela prisão preventiva, o Ministério Público informa que, em sua *opinio delicti*, os fatos são atípicos, e mesmo diante dessa manifestação o juiz decreta a prisão preventiva. Verifica-se claramente a inaptidão entre o acessório (prisão preventiva) e o principal (ação penal), já indicado pelo titular exclusivo da ação penal!⁷³⁹ Em outras palavras, se o Ministério Público informa que não pretende exercer a ação penal cautelar, não há justa causa para o juiz agir de ofício (sob motivação de quem não é titular da ação penal).

As críticas a uma eventual adoção na íntegra do princípio acusatório sobre as representações policiais para medidas cautelares investigativas seria uma suposta impossibilidade de o Ministério Público estar em plantão diário (incluindo finais de semanas) para manifestar-se sobre essas representações, especialmente nas comarcas de interior, nas quais não raro juiz e promotor devem responder sozinhos por várias cidades. Todavia, parece-nos que a exceção não pode desvirtuar a regra, já que, nas capitais e grandes cidades, a regra de prévia oitiva do Ministério Público é perfeitamente aplicável. Mesmo em comarcas de interior, seria possível a construção de mecanismos de contato telefônico ou por email, documentando a autoridade policial ou o cartório do juízo que houve anuência ou autorização por parte do Ministério Público. No máximo, essa situação residual deveria tão somente permitir o entendimento de que, numa situação excepcionalíssima de o Ministério Público não estar imediatamente contactável, presumir-se-ia que a Polícia atua no interesse do Ministério Público, podendo excepcionalmente

⁷³⁹ Conferir precedente sobre essa hipótese: “Não vislumbrando o Ministério Público prática de delito que justifique instauração de ação penal, afastam-se os pressupostos do art. 312 do CPP para a decretação de prisão preventiva”; TRF1, HC 0017705-94.2010.4.01.0000/BA, rel. Des. Fed. Carlos Olavo, 3ª T., e-DJF1 31 ago. 2010, p. 341. Usualmente em ações penais originárias de tribunais, o deferimento da prisão está condicionado a um requerimento formulado pelo Ministério Público (v.g., o caso do indeferimento da prisão do empresário Marcos

o juiz deferir a representação policial mediante posterior manifestação do Ministério Público. Mas sempre consciente de que tal procedimento configura uma restrição ao princípio constitucional acusatório, uma bolsa de policialização na restrição de direitos fundamentais pela supressão da análise da conveniência da manifestação da medida pelo titular da ação penal, justificada pela excepcional urgência. Todavia, o que jamais se pode admitir é que, sendo possível ouvir o Ministério Público, e este se manifestando de forma contrária à medida cautelar (*rectius*, não formulando o requerimento respectivo), possa o juiz deferir a medida cautelar contra a posição do titular da ação penal, apenas porque houve uma representação policial, já que esta, repise-se, não é sujeito processual, mas órgão auxiliar do titular da ação penal. Em todos os países acima referidos é possível que, numa situação de urgência, a Polícia represente diretamente ao juiz pelo deferimento de medida cautelar investigativa e o juiz provisoriamente a defira, mediante posterior oitiva do Ministério Público, sendo, todavia, esse procedimento visto como uma excepcionalidade, e ainda subordinando a manutenção dessa decisão à posterior manifestação favorável pelo Ministério Público⁷⁴⁰. Não nos parece razoável que o Brasil queira ser mais “garantista” que outros países, com regras muito mais avançadas de controle da atividade policial, já que situações extremas devem admitir pequenas derrogações à regra geral, devidamente regulamentadas e confinadas à situação de exceção.

Nesse sentido, Choukr argumenta que sempre que haja uma representação policial por prisão temporária deve haver prévia manifestação do Ministério Público, sob pena de, havendo decisão sem tal manifestação, ocorrer um constrangimento ilegal⁷⁴¹. Todavia, ele tempera seu posicionamento com o entendimento de que antes de se decretar o constrangimento ilegal, deve-se dar oportunidade para o Ministério Público se manifestar e, diante de eventual concordância com a prisão, sanar a eventual omissão anterior, ainda que reconhecendo que tal solução acaba por enfraquecer o modelo acusatório de processo penal. Tal entendimento parece ser compatível com todos os princípios ora expostos, podendo ser aplicado às demais situações de representações policiais por medidas cautelares na fase das investigações.

Valério pelo então presidente do STF Nelson Jobim, em 28 jul. 2005, ao argumento de que o pedido deveria ter sido formulado pelo PGR e não pela Polícia Federal).

⁷⁴⁰ Ver o art. 268.2 do CPP português (Albuquerque, 2009:552 e Mesquita, 2003:137) e o § 163.II c/c § 165 da StPO alemã (Rolim, 2010). Para uma síntese dessas exceções nos demais países, ver por todos C.A.S. Almeida, 2006.

⁷⁴¹ Choukr, 2001:198.

3.5 O poder de investigação criminal direta pelo Ministério Público

Por algum tempo, houve controvérsia sobre a admissibilidade de o Ministério Público poder conduzir atividades de investigação direta. O primeiro precedente manifestando-se nessa linha foi proferido pelo STF em 2003, pela sua 2ª Turma⁷⁴². Até então, o STJ nunca havia questionado a possibilidade de o Ministério Público poder conduzir investigações próprias⁷⁴³. Após esse precedente, iniciou-se vívido debate na doutrina nacional sobre o tema, com publicação de diversas obras sobre o tema⁷⁴⁴.

Todavia, aparentemente, o tema já está pacificado na jurisprudência do STF, pois a própria 2ª Turma, que iniciou a divergência com o entendimento até então já pacificado, já alterou seu entendimento, e hoje entende por unanimidade que o Ministério Público possui efetivamente poderes de conduzir investigações próprias. O STF entende que o poder de controle externo da atividade policial abrange o poder de complementar diretamente a investigação e que sua posição de fiscal dos direitos fundamentais com o dever de promover as medidas necessárias à sua garantia abrangem tal poder⁷⁴⁵.

⁷⁴² STF, RHC 81326/DF, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª T, DJU 1 ago. 2003, p. 142.

⁷⁴³ STJ, RHC 11670, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., DJU 13 nov. 2001. Ver ainda no STJ: MC 5512, RMS 12357, HC 16523, HC 24877, RHC 15368. Aliás, o tema encontra-se sumulado pelo STJ, conforme o verbete n. 234: “A participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

⁷⁴⁴ Entre outras, ver: M.F. Andrade, 2006; M.P. Lima, 2007:82-99; Lopes Jr., 2003:154-160; Streck, 2006a; Rangel, 2005; Karc, 2004; Jatahy, 2007:85-106; Santin, 2007; Mazzili, 2008:127-129; Tucci, 2004; Nucci, 2008:78-82 (os primeiros favoráveis, os dois últimos com posição contrária). Ver ainda nosso próprio trabalho sobre o tema: Ávila, 2009:177-187.

⁷⁴⁵ Por sua relevância, conferir um dos acórdãos paradigmáticos: “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POLICIAL CIVIL. CRIME DE EXTORSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONCUSSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. DENÚNCIA: CRIMES COMUNS, PRATICADOS COM GRAVE AMEAÇA. INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP. ILICITUDE DA PROVA. CONDENAÇÃO EMBASADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DECISÃO CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/88). Tanto que a Constituição da República habilitou o Ministério Público a sair em defesa da Ordem Jurídica. Pelo que é da sua natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas. Noutros termos: não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros. 2. A Constituição Federal de 1988, ao regradar as competências do Ministério Público, o fez sob a técnica do reforço normativo. Isso porque o controle externo da atividade policial engloba a atuação supridora e complementar do órgão ministerial no campo da investigação criminal. Controle naquilo que a Polícia tem de mais específico: a investigação, que deve ser de qualidade. Nem insuficiente, nem inexistente, seja por comodidade, seja por cumplicidade. Cuida-se de controle técnico ou operacional, e não administrativo-disciplinar. 3. O Poder Judiciário tem por característica central a estática ou o não-agir por impulso próprio (*ne procedat iudex*).

O tema já foi, inclusive, disciplinado no âmbito do CNMP pela sua Resolução n. 13/2006. Quando o tema ainda estava na pauta das discussões (é possível que alguma ausência de conformação residual ainda permaneça por algum tempo), os argumentos tradicionais quanto à impossibilidade de o Ministério Público conduzir investigações eram os seguintes (elencamos os argumentos com as respectivas teses de refutação)⁷⁴⁶:

1) a existência de um princípio de exclusividade de investigação criminal pela Polícia Civil e Federal (art. 144, §§ 1º e 4º). Todavia, esse argumento é equivocado pois a Constituição não concedeu às Polícias Civil e Federal a atribuição de investigação com exclusividade. No inciso IV do § 1º do art. 144 da CF/1988, estabeleceu-se que é atribuição da Polícia Federal exercer, com exclusividade, a função de Polícia Judiciária da União. Todavia, no inciso I desse dispositivo, estabeleceu-se competir-lhe a função de investigação, sem

ex officio). Age por provocação das partes, do que decorre ser próprio do Direito Positivo este ponto de fragilidade: quem diz o que seja ‘de Direito’ não o diz senão a partir de impulso externo. Não é isso o que se dá com o Ministério Público. Este age de ofício e assim confere ao Direito um elemento de dinamismo compensador daquele primeiro ponto jurisdicional de fragilidade. Daí os antiquíssimos nomes de ‘promotor de justiça’ para designar o agente que pugna pela realização da justiça, ao lado da ‘procuradoria de justiça’, órgão congregador de promotores e procuradores de justiça. Promotoria de justiça, promotor de justiça, ambos a pôr em evidência o caráter comissivo ou a atuação de ofício dos órgãos ministeriais públicos. 4. Duas das competências constitucionais do Ministério Público são particularmente expressivas dessa índole ativa que se está a realçar. A primeira reside no inciso II do art. 129 (‘II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia’). É dizer: o Ministério Público está autorizado pela Constituição a promover todas as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição. A segunda competência está no inciso VII do mesmo art. 129 e traduz-se no ‘controle externo da atividade policial’. Noutros termos: ambas as funções ditas ‘institucionais’ são as que melhor tipificam o Ministério Público enquanto instituição que bem pode tomar a dianteira das coisas, se assim preferir. 5. Nessa contextura, não se acolhe a alegação de nulidade do inquérito por haver o órgão ministerial público protagonizado várias das medidas de investigação. Precedentes da Segunda Turma: HCs 89.837, da relatoria do ministro Celso de Mello; 91.661, da relatoria da ministra Ellen Gracie; 93.930, da relatoria do ministro Gilmar Mendes. 6. Na concreta situação dos autos, o paciente, na condição de policial civil, foi denunciado pelos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do CP), extorsão (caput e § 1º do art. 158 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998). Incide a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o procedimento especial do art. 514 do CPP se restringe às situações em que a denúncia veicula crimes funcionais típicos. O que não é o caso dos autos. Precedentes: HCs 95.969, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e 73.099, da relatoria do ministro Moreira Alves. Mais: a atuação dos acusados se marcou pela grave ameaça, circunstância que também afasta a necessidade de notificação para a resposta preliminar, dada a inafiançabilidade do delito. 7. Eventual ilicitude da prova colhida na fase policial não teria a força de anular o processo em causa; até porque as provas alegadamente ilícitas não serviram de base para a condenação do paciente. 8. O Tribunal de Segundo Grau bem explicitou as razões de fato e de direito que embasaram a condenação do acionante pelo crime de concussão. Tribunal que, ao revolver todo o conjunto probatório da causa, deu pela desclassificação da conduta inicialmente debitada ao paciente (extorsão) para o delito de concussão (art. 316 do CP). Fazendo-o fundamentadamente. Logo, a decisão condenatória não é de ser tachada de ‘sentença genérica’. 9. Ordem denegada”. STF, HC 97969, rel. Min. Ayres Britto, 2ª T., j. 1 fev. 2011, DJe-096 de 20 maio 2011.

⁷⁴⁶ Procedemos abaixo a uma síntese dos argumentos favoráveis e contrários à investigação direta pelo Ministério Público, abordados em nosso trabalho: Ávila, 2009:177-187.

exclusividade. Parte da doutrina distingue as funções de Polícia de investigação e Polícia Judiciária. A primeira é destinada a investigar crimes; a segunda é destinada a obedecer às ordens judiciais, como extensão de execução de mandados judiciais (v.g., condução coercitiva, mandado de prisão *etc.*). Não há qualquer dispositivo estabelecendo monopólio de investigação. O art. 144, § 4º, de seu turno, estabelece que compete à Polícia Civil exercer as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais e para a Polícia Civil não há qualquer menção a exclusividade, portanto não haveria sentido imaginar que apenas a Polícia Federal teria exclusividade de investigação. Esse dispositivo do art. 144, § 1º, estabelece que apenas a Polícia Federal pode exercer a atividade de Polícia Judiciária da União, não criando qualquer princípio de monopólio de investigação. Nesse sentido, o art. 4º, parágrafo único, do CPP estabelece textualmente que “a competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”, determinando, em nível infraconstitucional, que não existe um princípio de exclusividade de investigação pela Polícia. A criação de um eventual princípio de exclusividade de investigação seria claramente antidemocrático, pois não permitiria que outros órgãos públicos (e mesmo órgãos internacionais de fiscalização de direitos humanos) possam conduzir atividades cognitivas de esclarecimentos de situações delituosas. Viola o sistema de freios e contrapesos ao criar uma instituição que não pode ser fiscalizada e não permite a difusão de outras fiscalizações por outros órgãos.

2) a possibilidade de retorno ao modelo inquisitivo, que, em nossa visão, não existe, pois as funções de acusar e de julgar são bem distintas;

3) o ferimento à paridade de armas: argumenta-se que, se o Ministério Público puder investigar, a defesa ficará em desvantagem. O argumento é falacioso, pois a atividade de investigação como um todo é realizada pelo Estado, para compensar a “vantagem” na qual o delinquente já se encontra (cometimento do crime normalmente às escondidas) e para recolher suas “provas” para a propositura da ação penal. Assim, não há que se falar em paridade de armas na fase das investigações. Ademais, Polícia e Ministério Público estão no mesmo lado, *pro societate*. O art. 4º, *caput*, do CPP é claro, ao afirmar que a finalidade da Polícia na investigação é apurar a prática da infração penal, atuação *pro societate*. Além disso, o Ministério Público pode requisitar as diligências investigatórias e participar pessoalmente dos atos de investigação, o que já significa estar participando da investigação e conduzindo-a teleologicamente. Finalmente, o

advogado possui a prerrogativa de também investigar diretamente (Lei nº 8.906/1994, art. 7º, VI, c) ou de requerer diligências de investigação (CPP, art. 14) que devem ser lidas de forma ampla, à luz dos princípios constitucionais;

4) o ferimento à imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público: argumento também equivocado, pois o Ministério Público já não é imparcial (é parte na ação penal, portanto possui posição *pro societate* e em favor da legalidade), mas possui o dever de atuação objetiva, decorrente do princípio da impessoalidade (CF/1988, art. 37, *caput*). Todavia, esse dever de atuação impessoal também alcança o delegado de polícia e eventuais chances de envolvimento emocional do membro do MP com a investigação não são maiores ou menores que a dos integrantes da Polícia Judiciária. Investigar não é sinônimo de atuação pessoalizada. Assim, do ponto de vista objetivo, o Ministério Público atua *pro societate* em favor do interesse público, mas, do ponto de vista subjetivo, a atuação do promotor de justiça está limitada pela impessoalidade e legalidade, não podendo defender interesse pessoal (vingança *etc.*). Como visto anteriormente, em nenhum país a investigação criminal é propriedade exclusiva da autoridade policial e em nenhum dos países estudados o Ministério Público é proibido de interferir na fase da investigação, seja dirigindo-a mediante a requisição de diligências à Polícia, seja eventualmente realizando diretamente atos de investigação. Querer construir no Brasil um princípio de suposta imparcialidade do Ministério Público mediante sua retirada da fase das investigações significa transformar o Ministério Público em uma cabeça sem braços. Em verdade, é da essência da atividade do Ministério Público investigar, pois quando o Ministério Público brasileiro recebe os autos do IP ele, se não arquivar ou denunciar, poderá requisitar diligências investigatórias, explicitando quais provas ainda faltam ser realizadas para que ele tenha condições de promover a ação penal e isso significa ter um papel ativo na investigação criminal. A verdadeira imparcialidade consiste em proibir que quem investiga e/ou acusa tenha poderes de restringir direitos fundamentais;

5) a ausência de previsão legal quanto à admissibilidade legal de o Ministério Público investigar. A tese é equivocada pois há várias disposições legais que permitem ao Ministério Público proceder a investigações diretas: CPP, art. 47 (permite a requisição direta pelo Ministério Público de documentos e esclarecimentos de órgão públicos), LC n. 75/1993, art. 7º, I e II, art. 8º, I, II, IV (inspeções e diligências investigatórias) e VII (expedição de notificações e

intimações nos procedimentos e inquéritos que instaurar); Lei n. 8.625/1993, art. 26, I, II e IV, art. 27, parágrafo único, I (Lei Orgânica dos Ministérios Públicos estaduais, com disposições semelhantes às da LC n. 75/1993). A Lei nº 7.492/1986 admite a possibilidade de o Ministério Público requisitar documentos ou diligências para investigar crimes contra o sistema financeiro. O art. 18, parágrafo único, da LC n. 75/1993 e art. 41, parágrafo único, da Lei nº 8.625/1993, determinam que a investigação de crime praticado por membro do MP seja conduzida no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça⁷⁴⁷.

Ademais, há previsão no ECA (Lei nº 8.069/1990) permitindo que o Ministério Público realize atos de investigação para apurar os atos infracionais cometidos por adolescente (oitiva do adolescente, pais, vítima e testemunhas) bem como permite que o Ministério Público instaure sindicância para apurar infração contra as normas de proteção à infância e à juventude (ECA, art. 200, VI e VII). Da mesma forma, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003, art. 74, VI) permite a instauração de sindicância pelo Ministério Público para apurar os ilícitos ou infrações às normas de proteção aos idosos. Assim, o Ministério Público pode instaurar procedimento de investigação criminal se a vítima possuir menos de 18 anos ou mais de 60 anos, não havendo lógica vedar este poder apenas às vítimas que possuem idade entre 18 e 60 anos, se houver relevante necessidade de investigar⁷⁴⁸.

Também se argumenta dentro desse tópico que a lei não disciplinou o procedimento da investigação pelo Ministério Público, o que impediria sua realização. Ocorre que, para todas as demais hipóteses de investigações criminais extra-policiais, também não há procedimento pormenorizado de investigação, mas a mera previsão de sua possibilidade, e isso pelo motivo simples de que não há procedimento rígido a ser seguido em uma investigação criminal. São perfeitamente aplicáveis por analogia as disposições do CPP e especialmente as regras sobre restrição de direitos fundamentais (prisão, busca domiciliar, interceptação telefônica *etc.*). Nesse sentido, o CNMP editou a Resolução n. 13/2006, que regulamenta a atividade de investigação direta realizada pelo Ministério Público, estabelecendo balizas claras sobre os

⁷⁴⁷ No âmbito do STF, há precedente reconhecendo a legitimidade da investigação criminal ministerial do Secretário de Segurança Pública de São Paulo, que também era membro do MP: STF, 2. T., HC 93.224, relator Ministro Eros Grau, j. 13/5/2008. DJe 5/9/2008.

⁷⁴⁸ Mesmo durante a época da controvérsia sobre a admissibilidade da investigação direta pelo Ministério Público, entendia o STF que o Ministério Público poderia oferecer denúncia com base em sindicância administrativa interna

limites do Ministério Público, prazos de encerramento e regras procedimentais; não se trata de inovação legislativa, mas tão somente de aplicação das normas jurídicas gerais relativas à investigação criminal especificamente à investigação conduzida pelo Ministério Público;

6) a inexistência de um mecanismo de controle externo da investigação pelo Ministério Público: argumenta-se que quando a Polícia investiga, o Ministério Público fiscaliza a Polícia, e, se o Ministério Público investigar, ninguém irá fiscalizá-lo. Primeiramente, lembre-se de que a investigação pelo Ministério Público é uma atuação excepcional no sistema e não a regra (em nossa visão). Segundo, há mecanismos internos que possibilitam essa fiscalização (como a Corregedoria local ou a representação ao CNMP), bem como as regulamentações internas dos procedimentos de investigação (prazo de duração, arquivamento perante as Câmaras internas *etc.*). Terceiro, ainda que haja eventual diminuição desse controle, a necessidade de eficiência do sistema de direitos fundamentais (que inclui a proteção penal eficiente) justifica a parcial restrição deste mecanismo de fiscalização. Finalmente, todas as ações do Ministério Público estão sujeitas aos sistemas de controles tradicionais, como a impugnação perante o juiz e o direito de vista dos autos pelo advogado⁷⁴⁹;

instaurada com fundamento no art. 201, VII, do ECA, para apurar infração a direitos de crianças e adolescentes: STF, HC 82865, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª T., j. 14 out. 2003, DJ 30 abr. 2004, p. 69.

⁷⁴⁹ Delimitando todas essas formas de controle da investigação conduzida pelo Ministério Público, ver: STF, HC 94173, rel. Min. Celso De Mello, 2ª T., j. 27 out. 2009, DJe-223 de 26 nov. 2009. Conferir o trecho de interesse: “O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *“ex propria auctoritate”*, não podendo, entre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*“nemo tenetur se detegere”*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, *v.g.*). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o “Parquet”, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório”. Há precedente da lavra do Min. Gilmar Mendes indicando que a investigação criminal pelo Ministério Público deve ter mecanismos de controle, que por tal motivo deve ser excepcional, mas que admitiu no caso a legitimidade de sua investigação (tráfico de influência por vereador): STF, HC 91613, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 15 maio 2012, DJe-182 17 set. 2012.

7) há outros argumentos de ordem prática, como exibicionismo, “ditadura do MP”, esvaziamento das Delegacias de Polícia, falta de estrutura do Ministério Público e incompetência para investigar. Quanto aos dois primeiros, qualquer falta funcional do membro do Ministério Público deve ser punida, da mesma forma que as eventuais faltas policiais, e não se pode afirmar que o promotor de justiça seja mais propenso a arbitrariedades que uma autoridade policial. Os eventuais excessos são coibidos pelas respostas do próprio sistema: *habeas corpus* perante o juiz, eventual reconhecimento de ilicitude probatória, responsabilização disciplinar pelo controle interno (Corregedoria) ou externo (CNMP)⁷⁵⁰. Quanto ao esvaziamento das delegacias, já explanamos que esta é uma atuação supletiva. Quanto à falta de estrutura, a atividade de colheita de depoimentos depende exclusivamente do próprio promotor de justiça e as atividades de entrega de intimações; ademais, muitos Ministérios Públicos têm se aparelhado para exercer com eficiência as funções de titularidade da ação penal; por exemplo, no MPDFT, há um setor de diligências em todas as promotorias. Finalmente, o último argumento é meramente depreciativo (típico de uma discussão emocional que esse tema levanta) e não corresponde à realidade de uma instituição que tem por finalidade acompanhar todas as investigações conduzidas pela Polícia, colher depoimentos em juízo e assegurar a produção da prova para a promoção da ação penal.

Finalmente, como argumentos favoráveis à possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público, além das teses de refutação à impossibilidade de investigação acima indicadas, estão:

1) Ser uma consequência natural da titularidade da ação penal (CRFB/1988, art. 129, I), pois se a Constituição atribuiu ao Ministério Público um objetivo, deve ter-lhe guarnecido dos instrumentos necessários a alcançar esses fins. Trata-se de aplicação da teoria constitucional dos poderes implícitos (o tradicional precedente estadunidense *MacCulloch vs. Maryland*)⁷⁵¹. A atividade policial é acessória da principal, que é a promoção da ação penal. Interpretação diversa acarretaria a conclusão de que o Ministério Público deve promover a ação penal pública nos termos do que a Polícia Judiciária se dispuser a investigar, o que por óbvio não se coaduna com a disposição constitucional. Nesse sentido, a possibilidade de recolher eventualmente de forma

⁷⁵⁰ Sobre os mecanismos processuais de controle do Ministério Público, ver Gössel, 1996:626.

⁷⁵¹ Segundo Canotilho, 2003:549, esta seria uma competência implícita complementar. Sobre tais competências, afirma: “São enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis

direta elementos de informação preliminar para a propositura da ação penal é uma decorrência lógica do sistema acusatório, no qual compete ao titular da ação penal o ônus da prova do fato delituoso;

2) segundo, porque o Ministério Público pode oferecer denúncia sem a necessidade de inquérito, desde que possua outras peças de informação (CPP, art. 39, § 5º). Existem vários outros inquéritos extrapoliciais que permitem a sustentação fática da denúncia, como a investigação de CPI, infração cometida na sede da Câmara dos Deputados, Senado, STF, STJ, crimes cometidos por magistrados ou membros do Ministério Público *etc.* Até mesmo a própria vítima pode investigar, reunindo as provas da prática do delito e encaminhando-as diretamente ao Ministério Público, situação na qual o prazo para oferecer denúncia diretamente com a utilização dessas informações colhidas pela vítima correrá do seu recebimento (CPP, art. 39, § 5º). Também os advogados têm poderes para investigar, conforme prevê o art. 7º, VI, *c*, da Lei nº 8.906/1994 (colher provas ou informações úteis em repartições públicas). Assim, não há razão lógica para que o próprio Ministério Público não reúna as informações e ajuíze a ação.

3) o Ministério Público possui legitimidade para investigar mediante inquérito civil público quanto às lesões a direitos difusos e coletivos em geral. Aliás, toda a atividade do Ministério Público na área cível está pautada em seu poder de investigar as irregularidades que lhe chegam ao conhecimento (improbidade administrativa, consumidor, defesa do direito ambiental e urbanístico, tutela cível da infância e juventude, idosos, velamento das fundações de direito privado, defesa cível dos interesses coletivos ligados ao sistema de saúde e de educação *etc.*). Em todas essas áreas, o Ministério Público investiga para esclarecer os fatos e tomar as providências cabíveis (arquivamento, encaminhamento de recomendações, entabulamento de termo de compromisso de ajustamento de conduta, ou ajuizamento de ação civil pública). Aliás, o STF tem precedente recente reconhecendo a possibilidade de o Ministério Público ajuizar denúncia com base em inquérito civil público e seria um contra-senso impedir idêntica solução à investigação criminal⁷⁵²;

porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação da decisão)”.
⁷⁵² STF, RE 464893/GO, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 20 maio 008, DJe-142 de 1 ago. 2008.

4) quarto, e de especial relevância para a o presente trabalho, compete ao Ministério Público exercer o controle externo da atividade policial (CF/1988, art. 129, VII), aí entendidos o acompanhamento e o controle das investigações, já que ele é o *dominus litis*, o titular da ação, e as informações são destinadas a formar sua convicção para o ajuizamento da denúncia. Infelizmente, a violência policial ainda é uma realidade no Brasil e todos os países civilizados possuem organismos externos à Polícia destinados a fiscalizar a sua atividade. De nada adianta afirmar que existe um órgão de controle externo se ele não pode investigar as irregularidades do órgão a ser controlado, mas apenas permitir que o próprio órgão se investigue. A experiência demonstra que, apesar de todo o esforço das Corregedorias de Polícia em depurar os desvios internos, há, por vezes, um grande corporativismo que impede um resultado mais eficiente nas investigações dos desvios policiais. Ainda que não houvesse corporativismo, a supremacia do interesse público justifica que sempre exista uma investigação acima de qualquer suspeita. Conforme recomendação da ONU⁷⁵³, é aconselhável que o Ministério Público tenha uma postura ativa durante os procedimentos de investigação de mortes praticadas no exercício da atividade policial. Basta lembrar o caso Jean Charles de Menezes, assassinado pela Polícia britânica (até então considerada uma das mais polidas do mundo), em que a investigação conduzida pela própria Polícia concluiu que não houve qualquer erro dos policiais, mas a investigação da Comissão Independente (externa à Polícia) concluiu que foram cometidos erros básicos e havia faltas graves dos policiais;

5) uma análise de direito comparado permite a conclusão de que a tendência internacional é de atribuir-se ao Ministério Público não apenas a direção funcional da atividade investigativa feita pela Polícia, mas também admitir-lhe a possibilidade de conduzir de forma própria suas investigações;

6) finalmente, há argumentos de ordem prática a justificar uma necessidade de haver investigação pelo Ministério Público, como evitar eventuais pressões internas que venha sofrer o investigador policial (já que se encontra dentro da estrutura do Poder Executivo, sem as

⁷⁵³ Alston, 2009, itens F.95.b e .c: “(b) a autoridade legal de promotores de Justiça para recolherem de forma independente provas admissíveis de serem usadas na acusação deve ser afirmada de forma inequívoca; (c) Promotores de Justiça devem rotineiramente conduzirem suas próprias investigações relacionadas às mortes ilegais praticadas pela Polícia” (tradução nossa da versão inglesa do relatório). Em sentido semelhante, sobre a importância da investigação pelo Ministério Público para a concretização da política de consolidação de direitos humanos, ver a conclusão da IX Conferência Nacional dos Direitos Humanos: Brasil, SEDH, 2004:item 86.

mesmas garantias de inamovibilidade do Ministério Público e da magistratura), evitar eventual ineficiência em decorrência da infiltração do crime organizado na estrutura policial, suprir uma eventual ineficiência concreta diante da omissão reiterada em realizar diligências investigativas pela Polícia (ainda que justificadas pela falta de estrutura), ou a urgência concreta na obtenção de informações investigativas para subsidiar uma medida cautelar de urgência (v.g., uma medida de proibição de aproximação da vítima ou uma prisão preventiva)⁷⁵⁴.

Por todos esses argumentos, é de se reconhecer a legitimidade da função investigatória direta do Ministério Público. Ela, todavia, será necessariamente suplementar, pois via de regra a Polícia possui melhores condições de conduzir a maioria das investigações diariamente em curso no Brasil, reservando-se para a investigação feita pelo Ministério Público apenas as hipóteses em que uma razão concreta a justificar, a juízo do próprio Ministério Público⁷⁵⁵. Poderíamos exemplificar situações em que há um interesse em o Ministério Público conduzir investigações diretas: (i) ineficiência policial concreta (reiteradas remessas consecutivas dos autos à DP sem a realização de diligências, por mais justas que sejam as eventuais justificativas); (ii) urgência na produção da informação preliminar para alguma medida judicial (v.g., necessidade urgente de prisão preventiva para proteção à vítima ou iminência da prescrição *etc.*); (iii) controle externo da atividade policial: há necessidade de uma investigação independente de crimes praticados por policiais, que decorre da dúvida de eventual ausência de impessoalidade em razão do corporativismo natural de todas as instituições; (iv) investigação de crimes em que haja suspeita razoável de ineficiência de eventual investigação policial: suspeita de envolvimento de pessoas ligadas ao alto escalão do Poder Executivo, suspeita de infiltração do crime no aparelho estatal, suspeita de ausência de independência da autoridade policial; (v) complementações simples de investigações policiais: requisitar documentos para acompanharem o IP e subsidiarem o oferecimento da denúncia⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴ Nesse sentido, pesquisa (FENAPEF, 2013) indica que 75% dos policiais federais entrevistados consideram que a escolha dos postos de chefia na instituição segue critérios políticos e não de competência. Registre-se, finalmente, como argumento mais político que propriamente jurídico, que, em pesquisa realizada pelo IBOPE, a pedido da CONAMP, em 2004, constatou-se 68% dos brasileiros são favoráveis a que o Ministério Público investigue todos os crimes e 19% são favoráveis a que ele investigue apenas quando necessário (Ibope, 2004).

⁷⁵⁵ Indicando que a investigação direta pelo Ministério Público deve ser suplementar e não a regra geral, sob pena de inviabilizar também o próprio Ministério Público: M.F. Andrade, 2006:256.

⁷⁵⁶ Sobre essa atuação suplementar e em situações específicas, ver decisão do Min. Gilmar Mendes: “[...] No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas, a exemplo do que já enfatizado pelo

3.6 Considerações finais

O presente capítulo demonstrou que o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público engloba um aspecto de direção mediata das investigações conduzidas pela Polícia. Esse sistema se realiza pela concessão à Polícia de uma liberdade inicial de receber a notícia do crime, instaurar o IP, e conduzi-lo de forma relativamente autônoma por um período inicial de 30 dias, sendo então legalmente obrigada a submeter o resultado desse trabalho investigativo inicial ao escrutínio do Ministério Público, titular da ação penal e responsável pelo controle externo da atividade policial. A obrigatoriedade de instaurar IP diante das notícias de crime e de realizar a investigação dentro do paradigma de controle do IP assegura o conhecimento obrigatório da atividade investigativa pelo Ministério Público.

Min. Celso de Mello quando do julgamento do HC 89.837/DF: “situações de lesão ao patrimônio público, [...] excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penal. No caso concreto, constata-se situação, excepcionalíssima, que justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposta prática de crimes contra a ordem tributária e formação de quadrilha, cometido por 16 (dezesesseis) pessoas, sendo 11 (onze) delas fiscais da Receita Estadual, outros 2 (dois) policiais militares, 2 (dois) advogados e 1 (um) empresário”. STF, HC 84965, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 13 dez. 2011, DJe-070 10 abr. 2012. Para um histórico das principais investigações exitosas realizadas pelo Ministério Público brasileiro, usualmente ligadas à temática da corrupção em geral e da violência policial, ver CNPG, 2013. O tema é de constante tensão no relacionamento interinstitucional entre Ministério Público e Polícia Judiciária no Brasil. Ver sobre o tema a recente PEC 37/2011, que foi aprovada na CCJ da Câmara dos Deputados em 13 dez. 2011, e na Comissão Especial em 2012, com larga participação do *lobby* das entidades de classe dos delegados de polícia e da própria OAB, que prevê a alteração constitucional estabelecendo que a atividade de investigação é exclusiva da polícia civil e federal (ou seja, por via oblíqua pretendendo retirar do Ministério Público em nível constitucional a possibilidade de conduzir investigações). Vale ressaltar os votos vencidos na referida comissão (ver o voto do Dep. Luiz Couto), que indicaram a violação de cláusula pétrea, já que se estaria realizando a supressão de atribuições constitucionais do Ministério Público, que, como instituição de garantia de direitos fundamentais, seria ela mesma uma cláusula pétrea (como já delineado acima, na subseção 2.4.3). Na Comissão Especial houve parecer do relator para aprovação de substitutivo, no qual se estabelece que o Ministério Público poderá ter uma atuação subsidiária à da Polícia Judiciária, nos casos de “crime cometido no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, ou contra a Administração Pública, por agente político ou agente público, bem como aquele envolvendo organização criminosa, assim definida em lei”, indicando que nesses casos a “atuação subsidiária” se limitaria à requisição de diligências e não à instauração de um procedimento de investigação independente (como se o Ministério Público não pudesse requisitar diligências em todas as investigações e não apenas nas ali indicadas). Há várias outras propostas semelhantes em tramitação, como, v.g., o P.L. n. 7193/2010 da Câmara dos Deputados (no Senado, PLC 132/2012), que estabelece que a investigação criminal é exclusiva do delegado de polícia (vai além, ao indicar não apenas uma instituição, mas um cargo específico), e qualificá-la como essencial e afirmar que o tratamento dado ao delegado de polícia deverá ser o mesmo dispensado aos Juízes e membros do Ministério Público (nesse ponto vê-se claramente o fundo corporativo, em equiparar o delegado de polícia ao titular do direito de ação penal). O projeto procura estabelecer garantias de imparcialidade, as quais, se temperadas com a obrigatoriedade de cumprimento das requisições do Ministério Público, pode ser positiva para resguardar o delegado de polícia de ingerências externas (apesar de não prever garantias efetivas de inamovibilidade).

Após receber a comunicação da investigação, o poder de direção mediata da investigação pelo Ministério Público se realiza pela requisição fundamentada de diligências, de atendimento obrigatório pela autoridade policial, que poderá indicar outras linhas de investigação ou outros fatos ou autores que deverão ser investigados, e pelo poder de definição da tipificação das condutas investigadas. Nessa linha, as iniciativas de fixação de linhas de investigação, de definição de possíveis suspeitos ou de tipicidade de condutas investigadas, realizada pelo delegado de polícia, são sempre feitas no interesse do bom andamento das investigações (o mesmo interesse do Ministério Público) e de forma precária, até que o titular da ação penal expeça uma diretriz em sentido contrário. Há, portanto, uma relação funcional de coadjuvação entre Polícia e Ministério Público.

O poder de controle diretivo recobra sua força na hipótese de restrição de direitos fundamentais, quando a Polícia deverá necessariamente representar pela medida restritiva de direitos, situação na qual o Ministério Público deverá avaliar a conveniência e oportunidade da medida e então formular o competente requerimento judicial para a restrição de direitos fundamentais. Em um sistema acusatório, deve-se entender que a titularidade para a formulação de requerimentos de medidas cautelares criminais pertence ao titular da ação penal e o responsável pelo controle externo da atividade policial, que é o Ministério Público.

Esses poderes de direção mediata da investigação criminal realizada pela Polícia não impedem, em situações residuais, que o próprio Ministério Público assuma a direção direta e a execução da investigação criminal. Esse poder deriva da relação instrumental entre investigação e acusação (poder implícito), e da possibilidade de eventualmente a investigação policial não ser suficiente para se atingir as finalidades de elucidação do crime, seja por grave desestrutura, por corporativismo ou por permeabilidade a pressões políticas ou econômicas.

O capítulo apontou áreas que podem ser objeto de aperfeiçoamento legislativo para a melhor estruturação do sistema investigativo, maximizando garantias e eficiência.

Apesar dessa perspectiva de controle diretivo, há um largo espaço de autonomia de investigação próprio às autoridades policiais. Nesses casos, a Polícia poderá validamente adiantar-se na investigação e posteriormente submeter o resultado de seu trabalho ao controle do Ministério Público. Nesse momento, além da análise de eventual correção da linha investigativa

adotada, caberá ao Ministério Público realizar uma atividade de fiscalização da legalidade das diligências realizadas, especialmente dos pressupostos de fato e dos limites das diligências potencialmente restritivas de direitos.

Analisaremos adiante essa segunda perspectiva do controle procedimental da atividade policial pelo Ministério Público.

4 CONTROLE PROCESSUAL DE FISCALIZAÇÃO DAS DILIGÊNCIAS POLICIAIS: DEFICIÊNCIAS ATUAIS E VIRTUALIDADES

Há um conjunto de atos de investigação criminal que podem ser realizados por iniciativa própria pelos integrantes da Polícia na área da investigação criminal. Em outros países, entende-se que a regra seria a Polícia sempre atuar no cumprimento de uma ordem ou do Ministério Público ou do juiz de instrução, e excepcionalmente ter a liberdade de realizar atos por iniciativa própria. No Brasil, a regulamentação infraconstitucional da investigação criminal inverte essa lógica, num sistema no qual em regra a Polícia tem liberdade de ação e apenas excepcionalmente é limitada pela exigência necessidade de representar para a formulação de requerimento ministerial para obtenção de autorização judicial para a restrição de direitos fundamentais.

Todavia, mesmo nas hipóteses em que a Polícia tem liberdade inicial de ação, a atividade policial está submetida a um sistema de controle *a posteriori*, cuja exigência deriva do próprio paradigma constitucional, que perspectiva o processo penal como um palco sensível de restrição de direitos fundamentais e, portanto, exige garantias procedimentais de controle. Uma dessas garantias de controle é exatamente o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, como uma obrigação de fiscalização continuada da atividade policial, seja a realizada por iniciativa própria, seja a realizada no cumprimento das requisições ministeriais. Para tanto, as medidas de polícia deveriam estar enquadradas dentro da legalidade, com pressupostos de fato, consequências jurídicas e garantias procedimentais de controle.

Infelizmente, esse desenho constitucional, de matriz garantista não tem encontrado plena concretização na legislação infraconstitucional brasileira. Todavia, há relevantes disposições na Lei Orgânica do Ministério Público da União (LC n. 75/1993) que concretizam as linhas constitucionais de processo penal e já permitem uma releitura da legislação

infraconstitucional sobre a extensão do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público¹.

Nessa seção, fazemos uma análise específica das diligências de iniciativa própria da Polícia investigativa, com apontamentos tópicos em questões de polícia de segurança (quando indissociáveis).

Não será analisado em detalhes o conjunto de diligências que claramente necessitam de prévia autorização judicial para sua realização, como a prisão preventiva, busca domiciliar fora da situação de flagrante delito, interceptações telefônicas, quebra de sigilos de dados ou ainda o agente infiltrado. Tais diligências naturalmente se inserem no quadro de garantias do respectivo controle judicial, especialmente a obrigação de posteriormente se elaborar um relatório da diligência periódico ou conclusivo (ainda que se possam colocar outros problemas específicos desse controle procedimental). Todavia, as situações limítrofes de admissibilidade de uma diligência por iniciativa própria da autoridade policial necessariamente serão analisadas (v.g., como as conduções coercitivas ou ainda as intervenções corporais).

O recorte proposto será feito sobre a necessidade de estabelecimento de mecanismos de controle externo pelo Ministério Público, ou de controle por outros atores jurídicos, sobre esse conjunto de diligências sensíveis que são realizadas diretamente pela Polícia e que exigem uma releitura, à luz dos limites de iniciativa autônoma policial e da necessidade de garantias procedimentais de controle sobre tais restrições rotineiras de direitos fundamentais. Em todas as análises, utilizar-se-á o direito comparado como recurso argumentativo de explicitação das graves deficiências de regulamentação normativa da atividade policial no Brasil.

4.1 Inspeção do local de crime

Prevê o art. 6º, I, do CPP que a autoridade policial deverá, logo após a prática do crime, “dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais”. Essa é uma diligência que, por sua forte relação de

¹ Ver discussão acima, na seção 3.2.

imediatidade com a prática criminosa, virtualmente não admitiria mecanismos de controle prévio, sendo caso típico de ação policial autônoma².

Quanto à inspeção de local de crime, deve-se distinguir entre local aberto ao público e local privado (especialmente o domicílio) e situação de flagrante delito ou não. Na hipótese de local aberto ao público, a situação não apresenta maiores problemas, podendo a autoridade policial determinar o isolamento da área até a realização das perícias pertinentes. Caso se trate de domicílio, se ainda se estiver em situação de flagrante delito, a própria autoridade policial poderá determinar o ingresso no domicílio para determinar a cessação da prática criminosa e para preservar os vestígios do fato para os peritos, podendo seguir-se validamente uma busca domiciliar, cf. art. 5º, XI, da CRFB/1988.

Todavia, caso não mais se trate de situação de flagrante delito, a autoridade policial não poderá ingressar no domicílio de uma pessoa, ainda que se trate do local onde foi praticado o crime, a não ser que tenha a autorização do morador. Nessa situação, não havendo concordância do morador, deverá a autoridade policial representar ao Ministério Público para a formulação de requerimento judicial de mandado de busca e apreensão domiciliar (isso numa leitura constitucional da representação policial e da titularidade privativa do Ministério Público para as ações penais cautelares).

A autorização constitucional para a violação do domicílio no caso de flagrante delito limita-se aos casos em que o crime é praticado no interior do domicílio. Caso o crime tenha sido praticado em outro local e o seu autor tenha sido preso em flagrante, tal circunstância não confere uma carta branca à Polícia para ingressar no domicílio do preso (v.g., para apreender possíveis provas da prática do crime).

Apesar de ser uma diligência investigativa, as providências de preservação de local de crime têm forte ligação com o restabelecimento da ordem pública, portanto usualmente são realizadas por policiais militares. O policial deverá isolar o local de crime, afastar os curiosos, relacionar as testemunhas, deter o eventual suspeito da prática do crime se presente (e

² Mesmo em países que exigem um forte nível de controle da atividade policial, acabar por criar exceções de autonomia policial nessa situação. Ver art. 270.3 do CPP português, que admite a delegação genérica à Polícia da perícia de exame dos vestígios do crime, excetuada a autópsia. Ver art. 13 e 284 da LECrim espanhola, sobre as “primeiras diligências de prevenção”.

ainda em flagrante delito), acionar o órgão policial competente (Delegacia de Polícia, IML, IC), e proceder à anotação das informações investigativas relevantes que possam ser recolhidas ainda no local³.

4.2 Notificação de comparecimento

A notificação é a comunicação da necessidade de praticar um ato futuro⁴. A doutrina distingue notificação de intimação, esclarecendo que a notificação é o meio de se “dar conhecimento a alguém de que, se não praticar, ou se praticar certo ato, ou certos atos, estará sujeito à cominação; já a intimação é a comunicação de ato já praticado”⁵. Em determinadas situações a Polícia poderá realizar intimações: por exemplo, antes de cumprir um mandado de busca domiciliar, a Polícia deverá previamente intimar o morador da expedição do mandado (dar conhecimento de uma ato passado) e notificar-lhe a abrir a porta (CPP, art. 245, *caput*). Mas a situação mais usual de notificação é a para comparecimento. A notificação possui um caráter cogente, devendo ser atendido sob pena de haver consequências (como o crime de desobediência à testemunha faltosa, e eventualmente sua condução coercitiva)⁶. Ela também contém uma restrição potencial ao direito de liberdade do notificado, pois enquanto durar a inquirição a pessoa não poderá ausentar-se das dependências policiais, sob pena de cometer o crime de desobediência. Por esse conjunto de possíveis restrições de direitos fundamentais, a notificação de comparecimento deve respeitar estritamente o devido processo legal. Caso alguma comunicação policial não seja cogente, ela deverá deixar claro que não se trata de uma notificação em sentido estrito.

O CPP não disciplina especificamente o procedimento da notificação para comparecimento perante a autoridade policial para a realização de algum ato processual que exija a presença da pessoa, como colheita de testemunho, realização de interrogatório, realização de reconhecimento pessoal do suspeito, reconstituição simulada dos fatos, colheita de informações corporais (v.g., impressões digitais, medidas corporais), colheita de padrões gráficos ou de

³ Para uma relação dessas atividades, ver J.C. Assis *et al.*, 2008:39. Ver ainda comentários sobre a busca domiciliar seguida ao flagrante delito abaixo, no item 4.8.3.2.

⁴ Mirabete, 2002:436; Tourinho Filho, 2001:368.

⁵ Tourinho Filho, 2001:368.

⁶ Indicando o caráter cogente da notificação (mas especificamente em relação ao Ministério Público): Mazzili, 1991:521.

amostras corporais. Aliás, no caso específico de oitiva de testemunhas, sequer o art. 6º do CPP faz menção a elas, ficando implícito que é necessária essa oitiva no inciso III (“colher todas as provas para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”). Assim, a doutrina entende que é de se aplicar por analogia as regras previstas no Título VII do CPP quanto às provas judiciais. Desde já adiantamos que toda colaboração ativa do suspeito não pode ser obrigatória, mas tão somente facultativa, ante o privilégio contra auto-incriminação, de sorte que nesses casos não se tratará propriamente de uma notificação, mas de mera comunicação de comparecimento⁷.

No Brasil a Polícia possui liberdade para ter a iniciativa de determinar uma notificação para comparecimento.

Em Portugal, a Polícia pode apenas expedir uma intimação para comparecimento, que não contém caráter cogente (sua desobediência não configura crime nem enseja condução coercitiva imediata), sendo que a notificação para comparecimento apenas pode ser expedida pelo Ministério Público ou pelo juiz⁸.

A ordem de comparecimento deve fundamentar-se numa hipótese fática que justifique sua expedição, ou seja, necessidade de oitiva como testemunha, para interrogatório do indiciado, para realização de reconhecimento pessoal ou para participação em reprodução simulada dos fatos.

A competência para expedição de uma notificação de comparecimento no âmbito de uma investigação criminal policial é exclusiva do delegado de polícia. A doutrina já consolidou que a expressão “autoridade policial” indicada no caput do art. 6º do CPP (e genericamente no caput do art. 4º) indica o delegado de polícia⁹. Essa visão tradicional tem previsão constitucional, pois o art. 144, § 4º, estabelece que as Polícias Cíveis sejam dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, ou seja, significa não apenas que o Chefe maior da PC deve ser um delegado de polícia, mas também que as diversas funções materiais da PC são dirigidas

⁷ Sobre a finalidade do interrogatório enquanto oportunidade de defesa e sua relação com o direito ao silêncio, v. *infra*, subseções 4.3.1 e 4.3.2. Sobre os limites para notificação coativa de comparecimento ao investigado, v. *infra* subseção 4.5.3.

⁸ AF. Sousa, 2009:149, referindo-se ao parecer da PGR de 1 ago. 1983. Assim, a ordem de comparecimento à Polícia, em Portugal, limita-se às situações de fins jurídico-policiais de prevenção do perigo, e não para fins processuais penais.

⁹ A título exemplificativo, ver: STJ, 5ª T., HC 87.342/PB, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18 dez. 2007, DJ 25 fev. 2008, p. 342.

(coordenadas, supervisionadas) pelo delegado de polícia, como uma garantia adicional de responsabilização pelo regular desenrolar da atividade policial. Essa posição diretiva imediata e interna à Polícia foi recentemente reforçada pela Lei n. 12.830/2013. Como visto, diversos outros países estabelecem limites à competência para expedição de uma notificação de comparecimento para depoimento em investigação criminal a uma autoridade qualificada. Assim, não pode o agente de polícia ou escrivão expedir per si uma notificação de comparecimento com caráter coercitivo. Parece-nos razoável que possa expedir a notificação “de ordem”, caso já haja uma ordem nos autos do IP pelo delegado de polícia para realização da diligência ou sua requisição pelo Ministério Público. Essa exceção não impede que o agente de polícia expeça um convite de comparecimento, de caráter facultativo, mas que provavelmente contará com a obediência voluntária da maioria das pessoas. Todavia, nessa situação, é necessário que a expressão “convite” ou apenas “comunicação de comparecimento” estejam claras, ou seja, não será admissível que conste a informação de que sua ausência configurará crime de desobediência e ensejará sua condução coercitiva, sob pena de um verdadeiro “estelionato policial”.

Uma situação intermediária ocorre quando um delegado de polícia determina a instauração de IP sem indiciamento de plano e determina que a Seção de Investigação Criminal realize as investigações necessárias para esclarecer os fatos. Nessa situação há uma delegação aos agentes de polícia de uma maior liberdade na condução das investigações, podendo realizar oitivas diversas. Ainda assim, entendemos que as intimações expedidas *ex officio* por agentes de polícia não se revestem de caráter cogente, ou seja, não meras comunicações de comparecimento e não notificações. Caso um cidadão não compareça a uma comunicação de comparecimento expedida por agente de polícia, este deverá comunicar ao delegado de polícia quanto à situação, devendo este expedir a competente notificação. Parece-nos razoável que se admita a oitiva da testemunha diretamente pelo agente de polícia, elaborando-se o respectivo relatório de entrevista. Mas há um verdadeiro dever de acompanhamento do desenrolar das investigações pelo delegado de polícia quanto às investigações genéricas realizadas por seus agentes, como uma garantia contra a prática de arbitrariedades derivada do dever de direção imediata da atividade policial (CRFB/1988, art. 144, § 4º e CPP, art. 4º, *caput*), sem prejuízo da garantia mais ampla de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, e a respectiva direção mediata.

Caso seja ordenada a condução coercitiva fora dos pressupostos legais, tal conduta configurará crime de abuso de autoridade, na modalidade de “ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder” (Lei n. 4.898/1965, art. 4º, “a”).

A expedição de uma notificação para comparecimento pressupõe um IP ou TC previamente instaurado, enquanto instrumento que materializa a atividade de investigação criminal e assegura o respeito ao devido processo legal, especialmente a indicação da finalidade da investigação na portaria inaugural (ou seus aditamentos) e pelo controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Não há investigação criminal feita pela Polícia fora do IP ou TC, portanto é inadmissível uma notificação cogente de comparecimento sem a instauração de um procedimento formal de investigação. Por exemplo, no caso dos procedimentos de averiguação preliminar (v.g., diante de uma delação apócrifa), não poderá a autoridade policial determinar uma notificação de comparecimento para testemunha, poderá apenas expedir uma comunicação de comparecimento, sem caráter cogente, ou seja, se o cidadão não comparecer não haverá o crime de desobediência nem será admissível sua condução coercitiva, não podendo constar da comunicação tais advertências.

A notificação deve ser clara, conter as razões de fato e de direito que a justificam, e indicar a finalidade a que se destina. É recomendável que tenha nela a indicação do número do IP ou TC, pois ele é o procedimento que dá legitimidade à realização da notificação. É um ato formal, portanto deve ser expedida por escrito. Em regra, deve conter um intervalo de tempo entre a intimação e o comparecimento, já que o dever legal da testemunha é o de comparecer no dia e hora designados, cf. art. 218 do CPP (sob pena de tornar-se virtualmente uma ordem de condução coercitiva imediata, ou seja, uma prisão ilegal), bem como deve admitir a possibilidade de o notificado apresentar justificativa da grave impossibilidade de comparecimento para se agendar nova data, como no caso de doença ou compromisso inadiável (v.g., viagem já previamente agendada). Esse prazo de tempo é especialmente importante no caso do interrogatório, pois ele permite que o investigado constitua advogado para acompanhá-lo no ato¹⁰. A situação de detenção imediata de suspeito, fora da situação de flagrante delito, para

¹⁰ Na França, a pessoa formalmente investigada deve ser comunicada com antecedência mínima de dez dias (art. 80-2.1 do CPP francês). Segundo Guinchard e Buisson, 2009:896, a violação da antecedência desse prazo gera nulidade, pois ele está ligado à necessidade de o investigado preparar-se para o interrogatório, diligenciando, se

realização imediata de interrogatório potencializa as chances de ocorrência de maus tratos durante o ato¹¹. Em situações muito excepcionais, é legítimo que se admita uma ordem de comparecimento imediato, especialmente no caso de testemunhas de flagrante delito ou para a prevenção de um perigo urgente, mas nessa situação seria recomendável que uma lei de atuação policial viesse disciplinar tais situações (otimizando o princípio da legalidade)¹².

Ao lado da notificação de comparecimento para investigação criminal, é possível que se realize uma notificação de comparecimento para prestar informações ligadas à segurança pública em geral (para fins de inteligência ou preventivos), a qual obviamente não está vinculada a um IP. Para que essa notificação seja legítima, é essencial que não se esteja investigando um fato criminal concreto e passado, pois nessa situação haveria uma burla à regra de investigações criminais formalizadas. Sempre que houver situação de dúvida quanto ao concurso de uma situação ser de esclarecimento criminal ou meramente policial (de prevenção), deve-se dar preferência à apuração pela via criminal, com as garantias respectivas¹³. Normalmente essas oitivas realizam-se não mediante notificações, mas mediante visitas de policiais aos locais policiados, havendo um verdadeiro dever fundamental de colaboração com as autoridades policiais, decorrente do art. 144, *caput*, da CRFB/1988. Para que essa intimação seja cogente, é essencial que ela seja formalizada em um procedimento administrativo previamente instaurado, de objeto delimitado, com procedimento previamente regulamentado, e que a autoridade competente para expedir a notificação seja a previamente indicada na normativa.

for o caso, assistência de defensor de sua confiança. Considerando que esse será o primeiro chamamento do investigado ao “processo” (de investigação perante o juiz de instrução), ele é cercado dessa garantia especial. Em Portugal, esse prazo de antecedência deve ser de 24 horas (CPP português, art. 272.2), admitindo-se exceções no caso de investigado preso, em caso de extrema urgência, se for necessário para assegurar outros meios de prova ou ainda se o investigado dele prescindir.

¹¹ Para caso exatamente ocorrido assim, com posterior acórdão do TJDFT confirmando a condenação por crime de tortura durante o interrogatório, ver: JDFT, 1ª T. Crim., 19990410047610APR, rel. Des. Carmelita Brasil, j. 19 abr. 2001, DJ 8 ago. 2001, p. 57.

¹² Nesse sentido, entendendo que se uma pessoa suspeita da prática de crime grave é detida e levada à Delegacia de Polícia para interrogatório, sem ter a liberdade de retirar-se do local, esse ato equivale a uma prisão ilegal, ver: Kamisar *et al.*, 2002:325, citando o precedente: EUA, Corte Suprema, *Dunaway vs. Nova Iorque*, 422 U.S. 200 (1979).

¹³ A.F. Sousa, 2009:152.

4.3 Interrogatório

Interrogatório é o ato de ouvir a pessoa suspeita da prática do crime, permitindo-se que ela, querendo, dê sua versão dos fatos e, caso entenda conveniente, que colabore espontaneamente com as investigações. Não há regulamentação no CPP quanto ao procedimento do interrogatório feito pela autoridade policial. O CPP apenas afirma que a autoridade policial deverá “ouvir o indiciado”, aplicando-se no que for aplicável a regulamentação do interrogatório judicial, devendo haver duas testemunhas da oitiva da leitura (CPP, art., 6º, V).

O interrogatório policial é uma área sensível para a prática de atos de arbitrariedade policial, especialmente a eventual prática de tortura e maus tratos com a finalidade de dissuadir o interrogado de sua negativa ou silêncio, para forçar uma confissão ou a obtenção de informações investigativas valiosas para a localização de outras provas. Por isso, o interrogatório deve ser cercado de especiais garantias destinadas a afastar o risco dele se tornar palco de eventual truculência policial¹⁴.

Muitos países caminham no sentido de se retirar progressivamente o interrogatório do domínio policial e transferi-lo para o Sistema de Justiça Criminal, onde se supõe haverá menor probabilidade de ocorrência de desvios. No Brasil, o CPP não estabeleceu esse regramento de forma expressa; mas há dispositivos normativos contidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil que exigem a apresentação imediata do preso ao juiz, oportunidade em que seria possível a realização de um interrogatório judicial logo após a detenção em flagrante. Além disso, há outras possíveis garantias procedimentais profiláticas de eventuais arbitrariedades, como a participação obrigatória do defensor do investigado durante seu interrogatório, a gravação audiovisual obrigatória do interrogatório, entre outras. Antes da análise dessas garantias, cumpra analisar a relação entre a vedação de maus tratos e as garantias procedimentais no interrogatório e a verdadeira finalidade primária do interrogatório. Vejamos.

¹⁴ Remetemos às referências do cap. 1 sobre a infeliz persistência das práticas de violência policial durante o interrogatório. Ver sobre o tema específico: Haddad, 2000:125-129.

4.3.1 *Vedação de maus tratos, direito ao silêncio e sua relação com o interrogatório*

Duas garantias constitucionais possuem relação direta sobre o interrogatório na fase investigativa e devem orientar todo processo hermenêutico do controle sobre o interrogatório: a vedação de maus tratos e, como consequência, o direito ao silêncio. Vejamos

A proscrição da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes está no centro da humanização do direito penal e no reconhecimento do sujeito passivo da persecução penal como um sujeito de direitos e não mero objeto da investigação. Essa proscrição constitui norma generalizada em tratados internacionais de direitos humanos, destacando-se o art. 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU de 1948, o art. 3º da CEDH de 1950, o art. 7º do PIDCP de 1966, o art. 5º da CEDH (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, o art. 5º da Carta Africana sobre direitos humanos e dos povos (Carta de Banjul) de 1981 e, mais especificamente, a declaração da ONU sobre proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1975, o código de conduta de funcionários encarregados do cumprimento da lei, aprovado pela ONU em 1979, a Convenção da ONU contra a Tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1984 (ratificada pelo Brasil em 1989), a Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura de 1985 (ratificada pelo Brasil em 1989), bem como tem paralelo na Convenção Europeia para a prevenção da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes de 1987¹⁵.

Sobre as consequências do uso de coação para a obtenção de informações no interrogatório, consta do art. 15 da Convenção da ONU contra a tortura e tratamentos cruéis que “Cada Estado Parte assegurará que nenhuma declaração comprovadamente obtida sob tortura possa ser admitida como prova em qualquer processo, exceto contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que tal declaração foi dada.”

Tais normas de direito internacional vedam não apenas a tortura, mas também o tratamento desumano ou degradante. Uma perspectiva ampla dessa vedação de maus tratos deve abranger necessariamente a vedação de perguntas hostis ou ameaçadoras ao interrogado, bem como atos de agressividade durante o interrogatório ou qualquer espécie de pressão direta ou indireta para que o investigado colabore com as investigações. As chamadas *stress techniques*,

¹⁵ Esta em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 1990.

que não envolvem lesão física apenas atentados à integridade mental do interrogado como forma de suplantar sua capacidade de resistência são atos de tortura da mesma forma que as agressões físicas¹⁶.

Essa perspectiva, associada à necessidade de respeito à integridade física e mental do interrogado e ao sistema acusatório (com o respectivo ônus da prova pela acusação), leva à necessária conclusão de que o interrogatório, para ser válido, deve respeitar inteiramente a liberdade de declaração do inquirido, sob pena de instrumentalizá-lo em um objeto de extração da confissão. Não à toa o TEDH considera que o interrogatório mediante coação (ameaças meramente verbais) é uma forma de agravada de maus tratos a justificar a ilicitude probatória¹⁷. Portanto, o direito ao silêncio é uma expressão direta da vedação de maus tratos.

O privilégio contra auto-incriminação, também conhecido como direito ao silêncio ou autodefesa negativa, ou ainda pelos brocardos latinos *nemo tenetur se detegere* ou *nemo tenetur se ipsum accusare*, constitui o direito do investigado de não ser obrigado ou coagido pelo investigador a produzir prova contra si mesmo.

O origem histórica do direito ao silêncio está ligada aos processos anglo-saxão de estrutura acusatória e foi reconhecido na maioria das cartas internacionais de direitos humanos (ver o art. 6º da CEDH, art. 14 do PIDCP da ONU, e art. 8.2.g da CADH; ver ainda a 5ª Emenda à Constituição estadunidense e a célebre decisão da sua Suprema Corte no caso *Miranda vs. Arizona*).¹⁸

O privilégio contra auto-incriminação atua como importante instrumento de profilaxia contra arbitrariedades praticadas no âmbito da investigação criminal, procurando evitar

¹⁶ Posner, 2004:292, procurou limitar a conceituação da tortura apenas às agressões físicas, e excluir desse conceito as agressões psíquicas. Todavia, como bem pondera Terestchenko, 2011:136, essa distinção é inaceitável pois a ideia de “lesão à integridade física e mental” é inerente à ideia de tortura, não podendo ser separada, enquanto núcleo de proteção à dignidade humana. Assim, relembra Lupária, 2006:104, que a *territio* já é considerada uma forma de tortura, consistente na mera exposição ao inquirido dos instrumentos de tortura que seriam utilizados contra si.

¹⁷ TEDH, *Aksoy vs. Turquia*, 18 dez. 1996, § 64; *Egmez vs. Chipre*, acórdão n. 30873/96, § 78. Ver ainda TEDH, *Gäffen vs. Alemanha*, 30 jun. 2008.

¹⁸ J.F. Dias *et al.*, 2009:37; M.C. Andrade, 1992:122 *et seq.* Ainda que o direito ao silêncio e o privilégio contra auto-incriminação não sejam coincidentes, o direito ao silêncio é um dos aspectos de tal privilégio.

a coisificação do investigado, que ele se transforme em mero objeto de obtenção da prova, vilipendiando-se sua liberdade de declaração¹⁹.

No Brasil, esse direito fundamental está previsto na CRFB/1988, art. 5º, LXIII (direito constitucional ao silêncio), bem como na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), art. 8.2.g, segundo o qual “toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. Ele possui forte ligação com a estrutura acusatória do processo e as garantias da defesa, com a presunção de inocência e a um processo equitativo, servindo como instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais da integridade pessoal e à privacidade²⁰. Além dessa estruturação constitucional, ele possui previsão infraconstitucional no art. 186, *caput* e parágrafo único, do CPP (com a redação dada pela Lei n. 10.792/2003), segundo os quais o juiz deve advertir o interrogando, no interrogatório de mérito, que ele possui o direito de não responder às perguntas que lhe forem formuladas e que seu silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Não há normas no CPP que imponham ao investigado a obrigação de apresentar provas contra si mesmo.

O privilégio contra auto-incriminação possui uma aplicação essencial no âmbito da investigação criminal. A jurisprudência do STF tem entendido à luz desses dispositivos constitucionais (mesmo antes da reforma legal da Lei n. 10.792/2003) que a pessoa investigada não pode ser obrigada a confessar, a participar da reconstituição do crime ou a participar ativamente de perícias contra si, como, por exemplo, o teste do bafômetro²¹. A recusa em produzir prova contra si mesmo não constitui crime de desobediência. Segundo o STF, o

¹⁹ Segundo M.C. Andrade, 1992:126, a violação ao *nemo tenetur* configura uma atentado à integridade moral da pessoa. Ver ainda Lupária, 2006:13-33; Miranda Estrampes, 2004:35-41; Haddad, 2000:135-183; Tucci, 2004:362-377; Suannes, 1999:261-282

²⁰ A.S. Dias e Ramos, 2009:15.

²¹ Genericamente sobre a existência do princípio do *nemo tenetur* no direito brasileiro: STF, HC 94173, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 27 out. 2009, DJe-223 26 nov. 2009 (sobre o *nemo tenetur* na investigação conduzida pelo Ministério Público); STF, HC 83960, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 14 jun. 2005, DJ 1 jul. 2005, p. 56 (genericamente); STF, HC 84517, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 19 out. 2004, DJ 19 nov. 2004, p. 29 (considerando que o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa). Especificamente sobre a impossibilidade de se extrair consequências negativas ao investigado diante de sua recusa a participar de exame de alcoolemia (bafômetro): STF, HC 93916, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., j. 10 jun. 2008, DJe-117 26 jun. 2008. Nessa última hipótese, havendo recusa em participar do teste de bafômetro, deverá o suspeito ser conduzido ao IML para exame clínico de seu estado de embriaguez. Sobre a possibilidade de estabelecimento de penalidades administrativas para a recusa em participar do exame referido (em razão do dever cooperação com a fiscalização preventiva da segurança rodoviária decorrente da atividade de polícia administrativa), ver Ávila, 2009:111.

privilégio contra a auto-incriminação também existe, mesmo que a pessoa seja intimada a depor na qualidade de testemunha. Assim, conforme a Excelsa Corte, mesmo que uma pessoa seja formalmente intimada como testemunha, caso, na realidade, ela esteja sendo objeto da investigação como suspeita, ela terá o direito de permanecer em silêncio em relação às perguntas que venham a incriminá-la, e também será inadmissível a expedição de mandado de condução coercitiva.²² O privilégio contra auto-incriminação obriga o interrogador a informar ao interrogando que este possui o direito de permanecer em silêncio e esse silêncio não será interpretado em desfavor de sua defesa. Não existe um direito de mentir no interrogatório, apenas a mentira não é punida, salvo nas hipóteses legalmente previstas. Assim, o privilégio contra auto-incriminação não abrange o direito de ficar em silêncio no momento do interrogatório de qualificação, sob pena de cometer contravenção penal (LCP, art. 68), nem de fornecer uma identidade falsa, sob pena de cometer crime (art. 307 do CP)²³, muito menos de incriminar falsamente outra pessoa, sob pena de cometer denúncia caluniosa (CP, art. 339).

O TEDH tem desenvolvido uma jurisprudência inspiradora sobre o direito ao silêncio. O TEDH entende que o direito ao silêncio e o privilégio contra autoincriminação são *standards* internacionais que estão no coração do conceito de um processo justo, cuja finalidade é, entre outras, a proteção do acusado contra coerções das autoridades, contribuindo portanto para se evitar desvios na atividade policial²⁴. Nessa linha, o Estado não pode atribuir ao investigado a obrigação de apresentar documentos destinados a comprovar sua culpa, sob pena de multa diária (*astreinte*), pois tal seria uma violação do privilégio contra auto-incriminação²⁵. Também não admite qualquer ato de coação para confissão, o que configuraria prova ilícita a macular o julgamento²⁶.

²² STF, Pleno, HC n. 83.703/SP, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 17 e 18 dez. 2003, Informativo nº 334.

²³ Sobre a controvérsia no direito brasileiro relativa à configuração do crime de falsa identidade no caso de mentira no interrogatório de qualificação, ver comentários abaixo na subseção 4.6.2.

²⁴ TEDH, *Saunders vs. UK*, 17 dez. 1996, § 68; *Heaney e McGuinness vs. Irlanda*, acórdão n. 34720/97, § 40; *Gäfgen vs. Alemanha*, 30 jun. 2008, § 94.

²⁵ TEDH, *Funke vs. França*, 25 fev. 1993. Nesse caso, ao invés de produzir provas, o Estado impôs ao investigado a obrigação dele mesmo apresentar os documentos que as autoridades procuravam localizar, sob pena de multa diária; diante da omissão da pessoa, mesmo após sua morte, as autoridades ainda procuravam executar a dívida de sua viúva, de sorte que tal obrigação de apresentar documentos foi considerada violadora do privilégio contra autoincriminação. No mesmo sentido: *J.B. vs. Suíça*, n. 31827/96, §§ 63-71.

²⁶ TEDH, *Haci Öezen vs. Turquia*, 12 set. 2007; *Gäfgen vs. Alemanha*, 30 jun. 2008.

O princípio do *nemo tenetur* possui ainda especial relação com a presunção de inocência e com o ônus da prova sobre a acusação, já que o investigado não necessita demonstrar sua inocência, mas cabe à acusação superá-la através de provas lícitas dentro do devido processo legal²⁷.

A ausência de liberdade de declaração torna ilícitas as provas obtidas medida hipnose, soro da verdade, ou em estado de inconsciência, bem como vedam a utilização do detector de verdade, já que novamente se transforma o inquirido em um objeto de conhecimento quanto à sua vontade psíquica²⁸. O direito ao silêncio (CRFB/1988, art. 5º, LXIII) é uma garantia que coroa o direito à liberdade de manifestação no âmbito do interrogatório.

A vedação de maus tratos no interrogatório e o respectivo direito ao silêncio impõe uma reavaliação da ainda atual centralidade da confissão como técnica de investigação primária, um atalho que tudo resolve sem dispêndio de energia, devendo ser substituída pela eficiência investigativa, especialmente, com a prevalência de provas técnicas, reservando-se ao interrogatório seu lócus devido: a concessão da oportunidade de dar sua versão sobre os indícios colhidos numa investigação criminal já minimamente avançada. O ciclo se completa com a conclusão de que a eventual confissão não pode ter valor probatório isolado para justificar uma condenação (CPP, art. 158 e 197), de sorte que seu valor probatório é aferido não em si mesmo, mas pela sua confirmação por outros meios de prova.

4.3.2 Finalidade primária do interrogatório: oportunidade de contraditório antecipado

Um ponto central para a construção das balizas legais sobre o interrogatório na fase das investigações deriva da consciência de qual é a finalidade essencial do interrogatório: ser

²⁷ Para uma visão ampla do princípio da presunção de inocência, ver Gomes Filho, 1991. Especificamente sobre sua relação com a atividade policial, Gomes e Bianchini, 2009. A presunção de inocência representa um “ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre”; G.M. Silva, 2001:51.

²⁸ Ver Miranda Estrampes, 2004:37: “a proibição implícita que emana do art. 15 da Constituição Espanhola [vedação de tratamentos desumanos e degradantes] alcança, também, qualquer meio de investigação ou método probatório que de algum modo anule, limite ou diminua a liberdade e a capacidade de autodeterminação da pessoa que emite uma declaração, ainda que contando com sua autorização ou consentimento”. Lupária, 2006:99-110, acrescenta que tal previsão genérica macula, *prima facie*, as declarações prestadas a um policial “disfarçado” de cidadão, as interceptações telefônicas ou as declarações prestadas em sigilo a um companheiro de cela, que entram no terreno do agente infiltrado, interceptações telefônicas ou ambientais e não no da confissão propriamente dita. Sobre a liberdade de declaração e o dever de prévia informação no interrogatório, ver ainda M.C. Andrade, 1992:233-237; M.A. Barros, 2002:165-168. Proscrevendo essas técnicas, ver ainda Tornaghi, 1990:364; Tourinho Filho, 2010(v.1):298; Haddad, 2000:245-272.

uma oportunidade facultativa para o exercício antecipado da ampla defesa já na fase das investigações e para uma colaboração voluntária (e facultativa) com a investigação criminal, por conveniência pessoal do investigado. Ainda que se reconheça a possibilidade de um efeito de obtenção de informações para fortalecer a busca da verdade no processo, esse é um efeito possível, mas secundário, devendo-se reconhecer que a finalidade primária do interrogatório está ligada à oportunidade de autodefesa²⁹.

Analisando as possibilidades de manifestação do investigado no interrogatório, este pode decidir ficar em silêncio ou falar³⁰. Caso o investigado ou acusado decida permanecer

²⁹ A visão mais tradicional perspectivava a oitiva do investigado ou acusado como um meio de prova testemunhal: Malatesta, 1995 (v.II): 131. Outros, aliás, viam diretamente na confissão (e não no interrogatório) e próprio meio de prova: Mittermayer, 2004:245. Já Florian, 1982:284, distinguia a qualidade do investigado ou acusado como objeto de prova (sua análise física ou mental), órgão de prova (ao prestar informações que poderão ser úteis à formação da convicção judicial) e sujeito de prova (ao exercer direitos processuais de indicar provas a seu favor). Na perspectiva mais antiga, Tornaghi, 1990:357-359 e J.F. Marques, 2009(v.2): 323, viam o interrogatório no Brasil como um meio de prova e acidentalmente como meio de defesa (aliás, o segundo citado afirmava categoricamente que “ao interrogar o réu, busca-se obter a confissão do crime de que ele é acusado” e “o interrogatório é hoje a peça mais importante do processo penal”). Vê como meio misto, mas destaca sua finalidade defensiva: Pedroso, 2005:33-39. Também argumentando sobre a dupla finalidade do interrogatório, ver Roxin, 2000:210; Revilla González, 2000:20-21. A linha doutrinária seguida pelas carreiras policiais tende a ver no interrogatório não apenas um meio de defesa, mas um instrumento útil para favorecer os primeiros atos de investigação: M.M. Barbosa, 2011:105. Na linha clássica, B. Faria, 1942:247 já considerava o interrogatório como meio exclusivo de defesa. Já Gomes Filho, 1991:40; Grinover *et al.*, 2004:96; Tourinho Filho, 2010(v.3):295-299; e R.S. Souza e Silva, 2010:364, classificam o interrogatório como ato de defesa primariamente. Para uma ampla revisão das posições tradicionais sobre a finalidade do interrogatório, ver Haddad, 2000:29-46. Tanto Tucci, 2004:357-360 quanto Lopes Jr., 2003:226, 268-271 e 325-328, concluem pela necessidade de um contraditório mitigado na fase das investigações preliminares e enxerga no interrogatório (e na assistência obrigatória de defensor) a finalidade primária oportunidade para a autodefesa positiva. Choukr, 2001:124-132, dá notícia de que certo setor da doutrina nacional, logo após a CRFB/1988, inclinou-se no sentido de que a garantia da ampla defesa e contraditório seria assegurada aos litigantes em geral inclusive nos processos administrativos, e que o IP é um processo administrativo destinado ao Ministério Público decidir-se quanto ao oferecimento de denúncia, o que indicaria um interesse embrionário de defesa nessa fase, mas essa tese não vingou pela complexidade de se reconhecer uma defesa obrigatória, o que demandaria o direito de ter plena ciência dos atos do IP. Obviamente, assim como o indiciamento é um ato precário, essa participação defensiva também é precária, concretizando-se com a *possibilidade* de o investigado dar sua versão dos fatos no interrogatório, a qual pode ser antecedida de vista dos autos do IP pelo advogado antes do interrogatório (STF, HC 82354, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 10 ago. 2004, DJ 24 set. 2004, p. 42.). Vários países caminham no sentido de se criar uma fase intermediária entre a investigação e o recebimento da acusação, na qual se exercita de forma mais estruturada esse direito de defesa preliminar, mas não se pode deixar de reconhecer que o interrogatório já é uma possibilidade de exercício dessa defesa preliminar. Nossa posição alinha-se à de Grinover *et al.*, 2004:96, ao considerarem o interrogatório não um meio de prova, mas um meio de defesa (ante o direito ao silêncio), e acidentalmente uma fonte de prova, pois a finalidade prevalente do interrogatório é a concessão da oportunidade de dar sua versão sobre os fatos, sendo que uma finalidade secundária será utilizar (ou não) essas informações prestadas como meio de prova para formar a convicção judicial, que, aliás, podem nem existir se for exercido o direito ao silêncio.

³⁰ Há precedentes do STJ reconhecendo que o investigado possui até mesmo a prerrogativa de não comparecer para ser interrogado, não podendo ser responsabilizado por crime de desobediência diante de seu não comparecimento, já que uma de suas prerrogativas é permanecer em silêncio. Nesse sentido: STJ, HC 17.121/ES, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 4 set. 2001, DJ 4 fev. 2002, p. 566. Segundo Ferrajoli, 2002:637, com a condução coercitiva para o interrogatório, “resulta novamente detonado o curto-circuito da tortura, por força do costume,

em silêncio, ele recebeu a oportunidade de exercer sua defesa e decidiu não exercê-la. E ao se extrair qualquer consequência probatória do silêncio prejudicial ao investigado ou acusado (CPP, art. 186, parágrafo único). Ou seja, houve oportunidade de defesa e não houve qualquer produção de qualquer fonte de prova. Já se o interrogado falar poderá estar dizendo a verdade ou mentindo. Se disser a verdade e for culpado, estará confessando, portanto colaborando com a justiça na finalidade de obter a respectiva atenuante da confissão (CP, art. 65, III, “d”). Como lembra Alcalá-Zamora, ainda que não se considere que a confissão é contrária à natureza humana, pois é possível que o remorso do crime ou uma expressão cínica de uma pessoa sem moral possam justificar a confissão, o fato é que a confissão não é naturalmente espontânea e desinteressada³¹. Há efetivamente um interesse do sistema penal em incentivar licitamente a confissão voluntária mediante a concessão de uma atenuante, que permitirá facilitar a investigação (pois a confissão dará as pistas para localizar outras provas) e facilitar o julgamento (pois com a conformidade do réu com a acusação, a tarefa da acusação reduz-se em complexidade, ainda que não totalmente eximida do ônus mínimo de comprovar a acusação mediante outras provas). A confissão é uma fonte de prova precária, que tem lugar apenas se confirmada por outras provas (CPP, art. 158 e 197). Por outro lado, se disser a verdade e for inocente, estará exercitando seu direito de autodefesa, procurando dissipar eventual mal-entendido das investigações que indevidamente fizeram recair sobre sua pessoa uma suspeita inverídica da prática de crime (nessa situação, terá ainda a oportunidade de indicar as possíveis diligências investigativas que poderão comprovar sua inocência).

Na primeira hipótese (confissão), o interrogatório será um instrumento útil à investigação, destinado a localizar outras provas úteis à formação da verdade no processo, e a respectiva atenuante possui, portanto, uma finalidade de política criminal de incentivo à formação da verdade. Nessa situação, o interrogatório constitui ato de investigação indireta, pois não será a confissão em si que provará algo contra o investigado, mas as outras diligências de investigação que confirmem a sua veracidade³². A confissão do investigado não é tecnicamente uma prova em

que invadiu a praxe, de usar o interrogatório como meio de pressão para induzir o imputado a confessar e a colaborar com a acusação”.

³¹ Alcalá-Zamora, 1962:155. Já Haddad, 2000:126, relembra que as confissões costumam ser mais frequentes perante a Polícia que em juízo, podendo ser explicações desse fenômeno ou a tendência catártica de autopenitência logo após a prática do crime, ou por não terem ainda elaborado uma desculpa, ou então diante dos métodos policiais obtusos de extração de confissões, seguindo-se duras críticas à prática policial brasileira de interrogar sob coação.

³² D’Ambrosio e Vigna, 2003:233.

si mesma, pois não é produzida em juízo – é ainda mera informação preliminar com efeitos limitados à fase de recebimento da acusação – e, ainda que posteriormente confirmada em juízo, não é suficiente para fundamentar uma condenação. Trata-se, portanto, não de uma prova propriamente, mas de uma fonte de informações investigativas. Por outro lado, na hipótese de esclarecer eventuais equívocos, o interrogatório possui nítida finalidade defensiva. Em qualquer das duas hipóteses, o interrogatório manifesta-se como expressão do direito ser ouvido, de participar do esclarecimento dos fatos, no direito a não ser considerado como um objeto da investigação, mas como um sujeito de direitos. Não está preordenado a ser um meio de prova, mas poderá eventualmente ser uma fonte de prova, se corroborado por outras provas.

Todavia, se o interrogado se decidir pelo caminho da mentira, poderá assumir falsamente a autoria de crime (com a finalidade de beneficiar o verdadeiro infrator) ou negar falsamente o crime (situação mais ordinária), incluindo-se nessa situação a hipótese de simples negativa dos fatos com falseamento das circunstâncias, ou envolver formas qualificadas de imputação do crime a terceiro, recusa de fornecimento da própria identidade ou falsa identidade³³. Ainda que a mentira sobre os fatos não possa ser considerada como um direito do investigado, trata-se de uma fraqueza humana já tida de antemão como aceitável (de certa forma inevitável diante da extrema pressão de ter cometido um delito e estar na iminência de uma seriíssima responsabilização), de sorte que a mentira sobre os fatos não é punida³⁴. Por mais estapafúrdia que seja a desculpa mendaz fornecida pelo investigado, ela não poderá ser considerada *per si* como fundamento de formação da convicção, da mesma forma que o silêncio não pode ser considerado em prejuízo do investigado ou acusado, já que serão as outras provas,

³³ No Brasil, houve controvérsia sobre a tipicidade ou não do delito de falsa identidade em interrogatório, com algumas decisões do STJ no sentido de que esta conduta estaria acobertada pelo direito de autodefesa e, portanto, seria atípica. Entre outras, ver STJ, 5ª T., HC 88.998, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU 25 fev. 2008; STJ, 5ª T., HC 86.686, rel. Min. Laurita Vaz, DJU 19 nov. 2007. Todavia, decisões mais recentes do STF tem reiteradamente afirmado que o fato configura crime. Conferir: STF, RE 640139/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 22 set. 2011, DJe-198 13 out. 2011. STF, RE 639732, rel. Min. Luiz Fux, j. 07 jun. 2011, DJe-113 14 jun. 2011; STF, RE 636733, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31 maio 2011, DJe-106 03 jun. 2011; STF, RE 561.704-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 02 abr. 2009; STF, HC 92.763, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 24 abr. 2008; STF, HC 73.161, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª Turma, DJ 03 set. 1996; STF, HC 72.377, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 30 jun. 1995. Parece-nos perfeitamente acertada essa posição do STF, pois o fato de o réu indicar nome falso pode efetivamente comprometer direitos de terceiros, especialmente o envolvimento de um inocente numa investigação criminal.

³⁴ Destacando o aspecto da inexistência de um direito à mentira, mas tão somente de uma não punição da mentira, ver Revilla González, 2000:60; Tornaghi, 1990:363. Todavia, a auto-acusação falsa de crime configurará o crime do art. 341 do CP (a não ser que essa falsa auto-acusação seja uma estratégia para diminuir a responsabilidade do

não impugnadas pela defesa, quer permitirão formar a culpa do réu. Portanto, novamente as versões mendazes não serão fonte de prova em si mesmas.

Portanto, a problemática do interrogatório vem ligada à necessidade reconhecer sua verdadeira finalidade e de preservar os direitos do investigado ligados a esse ato processual. A finalidade do interrogatório é a de dar ao investigado a oportunidade de exercer sua autodefesa, na hipótese de demonstrar os eventuais erros da investigação com a finalidade de evitar uma acusação infundada, ou ainda a finalidade de dar ao acusado a oportunidade de colaborar com as investigações, confessando um crime e recebendo a respectiva atenuante da confissão. Apesar dessa possibilidade de colaborar com a Justiça mediante a verdade (que poderá confirmar ou refutar a hipótese investigativa), reconhece-se que ao investigado é assegurado o direito ao silêncio, pois não possui a obrigação de ter que colaborar com a formação de sua própria culpa, já que é sujeito de direitos e não mero objeto da investigação. Portanto, o uso dessa opção de falar na investigação é sempre uma faculdade do investigado, jamais pode ser considerada uma obrigação, o objetivo que deve ser alcançado a qualquer preço, o instrumento principal da obtenção de informações para a investigação criminal. Trata-se de um ônus processual, pois se o acusado for inocente e houver um conjunto de indícios equivocados sobre sua pessoa quanto à autoria de um crime, ele terá o ônus de desconstituir esse quadro probatório equivocado sob pena de ser vítima de um erro judiciário³⁵. Mas jamais pode ser obrigado a colaborar com os interesses da acusação. Portanto, ser interrogado é um direito, uma oportunidade, não um dever. Todavia, se optar por confessar, ou por prestar informações acessórias, essas informações poderão ser utilizadas para se formar a convicção dos fatos, mas não como o efeito primário que se busca com o interrogatório, mas como um reflexo possível desse ato processual. Portanto, a finalidade do interrogatório de ser um meio de prova é secundária, acessória, eventual, e ainda assim não totalmente convincente (pois sempre necessita de outras provas a corroborá-lo).

acusado, situação em que será razoável entender-se que ela está abrangida pelo privilégio contra auto-incriminação.

³⁵ Indicando o caráter de ônus do exercício do direito de autodefesa: Moreno Catena e Cortés Dominguez, 2008:114. Hünerfeld, 1985:129, fala de um “direito fundamental a ser ouvido, o mais tardar, antes do encerramento das investigações”. Roxin, 2007:151-159, argumenta que a postura do investigado na fase investigativa pode ser de confrontação ou de cooperação, e que o processo deve criar mecanismos eficientes de maximização do direito de defesa de acordo com essas duas perspectivas. Nessa linha, a confissão e a disposição de cooperação na fase investigativa para crimes não graves (v.g., furto simples) também deveria ter (numa perspectiva de reforma *de lege ferenda*) o efeito de possibilitar uma solução por uma via de acordo processual (v.g., mediante reparação à vítima ou injunções específicas).

Essa perspectiva do interrogatório enquanto meio primário de defesa no Brasil já estava delineada desde a Lei n. 10.792/2003, que alterou o art. 185, *caput*, do CPP, para permitir a participação do defensor no interrogatório, com direito a entrevista prévia e reservada. Todavia, ficou posteriormente ressaltada após o advento da Lei n. 11.719/2008, que reformou os procedimentos no processo penal, ao estabelecer no art. 400, *caput*, do CPP que o interrogatório será realizado ao final da instrução processual. Ou seja, para ser interrogado, o acusado deve já ter ciência de quais provas possui contra si, para avaliar, com o auxílio de seu Defensor, a conveniência de confessar, calar-se ou indicar possíveis equívocos nas provas produzidas. Essa perspectiva deveria ser aplicada também à fase investigativa: o interrogatório não deveria ser o primeiro ato investigativo, destinado a extrair a confissão do réu e obter as pistas do crime, mas deveria ser o último ato investigativo, numa verdadeira oportunidade de dar sua versão dos fatos e eventualmente dissipar algum equívoco das investigações, já quase numa transição entre a investigação e a acusação. Essa posição tópica do interrogatório está prevista expressamente para a hipótese de lavratura do auto de prisão em flagrante: o conduzido deverá ser necessariamente o último a ser ouvido (CPP, art. 304, *caput*), em ordem a ser observada sob pena de nulidade da prisão, com a finalidade de fortalecer sua posição de defesa já nas investigações³⁶. Também está delineada no art. 23, parágrafo único, da Lei n. 12.850/2013, que prevê que ainda que o juiz decrete o sigilo das investigações relacionadas a organizações criminosas, o investigado terá o direito de ter vista dos autos no prazo de três dias antes de seu interrogatório no inquérito, pois se presume que tal ato possui interesse para a defesa.

O direito a ser interrogado na fase das investigações é um reflexo antecipado do direito do contraditório que já materializa nessa fase preliminar. Com efeito, o STF tem reconhecido repercussões do direito de defesa já na fase das investigações, além do direito ao silêncio, também o direito de ser assistido por advogado e, através deste, ter cópia dos autos, podendo posteriormente impugnar em juízo eventuais arbitrariedades. De forma ampla, o STF não reconhece a possibilidade de decretação de sigilo sobre as investigações em relação ao advogado do investigado, permitindo-se que, no caso de diligências já deferidas e não realizadas (como as interceptações telefônicas), sejam elas conduzidas em autos apartados, apenas em

³⁶ Haddad, 2000:105.

relação às quais haveria sigilo para o advogado³⁷. Conferir o teor da Súmula Vinculante n. 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Há outras manifestações possíveis do contraditório na fase investigativa³⁸.

O reconhecimento do direito ao silêncio é um pressuposto da não instrumentalização do investigado, já que, se não tivesse o direito de permanecer em silêncio,

³⁷ Conferir o precedente do STF: “[...]. II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição”. STF, HC 82354, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 10 ago. 2004, DJ 24 set. 2004, p. 42. O precedente não deixa claro quais seriam tais “meios legítimos” de que a autoridade policial poderia valer-se para “obviar inconvenientes” decorrentes do conhecimento pelo advogado. Entendemos que o correto, nessa situação, seria a autuação em separado das peças relativas a diligências já ordenadas e ainda não realizadas (aplicando-se por analogia o procedimento das interceptações telefônicas); não seria admissível que o delegado ordenasse a realização de diligências e não as documentasse em nenhum procedimento, pois nessa situação a atividade de investigação policial ficaria subtraída do controle externo pelo Ministério Público, ferindo-se o princípio de obrigatoriedade de acompanhamento das atividades policiais pelo Ministério Público (ver *supra*, subseção 3.4.1). Registre-se que há entendimento posterior do STJ admitindo a decretação de sigilo dos autos para o defensor quando isso causar prejuízo à elucidação dos fatos: STJ, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 20 maio 2008. Ver posição defensiva da possibilidade de estabelecer-se limites ao direito de vista do advogado em M.P. Lima, 2008(v.1):118-122.

³⁸ Uma delas seria a constante do art. 282, § 3º, do CPP (introduzido pela Lei n. 12.403/2011), que todo requerimento de medida cautelar formulado pelo Ministério Público, não sendo o caso de medida urgente, deverá ensejar a intimação da parte contrária para se manifestar sobre o pedido. Isso significa que, como regra, haverá contraditório sobre as medidas cautelares concedidas no âmbito da atividade de investigação criminal. Há ainda um princípio imanente de contraditório diferido sobre o conteúdo de toda a atividade investigativa (Gomes Filho, 1991:49). Outras expressões possíveis desse “direito ao conhecimento” ainda na fase de investigação seria a obrigação de comunicação das razões quando da restrição de um direito fundamental, como por exemplo, após uma busca domiciliar (art. 245, *caput*, CPP), a nota de culpa após a prisão em flagrante (CPP, art. 306, § 2º) ou

poderia ser constrangido mediante força persuasiva ou física a ter de confessar, a ter de colaborar com a confirmação da hipótese investigativa, tornando-se a investigação um palco de atrocidades contra os direitos fundamentais do investigado, que a história já demonstrou que podem efetivamente ocorrer quando a busca da confissão a quaisquer custos é eleita meta prioritária do interrogatório. É essencial assegurar garantias suficientes para não permitir o poder de disposição do investigador sobre a pessoa do investigado³⁹.

Como decorrência do reconhecimento da finalidade intrínseca do interrogatório (oferecimento ao investigado da oportunidade de dar sua versão sobre os fatos), todas as técnicas de interrogatório devem ser construídas sob essa perspectiva. A finalidade do interrogatório não é extrair a verdade a qualquer custo do interrogado, nem deve ser considerado como o “coração da atividade policial”⁴⁰. O reconhecimento do direito ao silêncio impõe a absoluta inadmissibilidade de quaisquer técnicas destinadas ao enfraquecimento da capacidade de resistência do investigado a permanecer em silêncio ou para obrigá-lo a falar a (suposta) verdade. O domínio da vontade é pré-requisito inerente ao exercício do direito de defesa no interrogatório⁴¹. Isso exige que o interrogado saiba que está sendo efetivamente interrogado na qualidade de investigado, ou seja, não se trata de mera conversa informal, bem como não é ouvido como mera testemunha e sim como o suspeito⁴². Essa vedação de pressões indevidas exige especiais cuidados para com o interrogatório de pessoa presa, já que essa condição de restrição da liberdade gera necessariamente uma maior vulnerabilidade psicológica do interrogado, que poderá favorecer pressões indevidas para a obtenção de informações investigativas.

A legislação estrangeira mais evoluída tem se encaminhado nessa direção, de reconhecer o interrogatório, ainda na esfera policial, como uma oportunidade de exercício da defesa durante a fase das investigações, ou o direito a que sua versão sobre os fatos seja levada

ainda o direito de receber cópia do auto de apreensão de objetos. Analisando os limites do contraditório na fase investigativa: Santin, 2007:158-166; Valente, 2009b:192.

³⁹ Nesse sentido: Ferrajoli, 2002:455.

⁴⁰ Cuadrado Salinas, 2010:256, referindo doutrina inglesa que assim considera o interrogatório.

⁴¹ São vastas as referências na literatura às técnicas de quebrantamento da capacidade de resistência no interrogatório. Revilla González, 2000:92, faz referência às técnicas utilizada pela Polícia na Irlanda do Norte para investigar suspeitos e envolvimento com as atividades terroristas do IRA, e que consistiam em: colocar as pessoas em pé contra uma parede por várias horas, cobrir suas cabeças durante o período de descanso e retirar o saco apenas durante o interrogatório, submeter os interrogados a ruído intenso antes do interrogatório e ainda a privação de sono e de alimento. Todas essas técnicas claramente se enquadram no conceito de tratamento desumano e degradante que viciam de forma inexpurgável a confissão assim obtida.

⁴² Sobre essa prática no Brasil, ver Lopes Jr., 2004:227.

em consideração no esclarecimento dos fatos. Em Portugal, há regra expressa de que no primeiro interrogatório do investigado ele deverá tomar conhecimento dos “elementos do processo” que indiciam os fatos imputados, sempre que “sua comunicação não puser em causa a investigação, não dificultar a descoberta da verdade nem criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime” (CPP português, art. 141.4.d). E o inquérito não pode ser concluído sem a realização do interrogatório, salvo se não for possível a notificação (CPP português, art. 272.1). Na Alemanha, o § 163a.4 da StPO estabelece que mesmo no interrogatório do investigado perante a autoridade policial, ele já deverá ser previamente informado dos fatos de que ele se considera suspeito, de quais são seus direitos enquanto investigado, de que pode ter prévio conselho com advogado, estabelecendo-se expressamente que “o interrogatório deve dar ao inquirido a oportunidade de dissipar as suspeitas que recaem sobre sua pessoa e de acrescentar fatos que falem em seu favor” (§ 163a.4 c/c § 136.2, StPO)⁴³. As investigações alemãs não podem ser concluídas sem a realização do interrogatório ou de oportunidade de defesa escrita (§ 163a.1, StPO). Na Itália há regra expressa sobre a comunicação dos fatos investigados e das fontes de prova existentes, , exceção feita apenas se tal comunicação não prejudicar as investigações, sob pena de *inutizzabilità* (ilicitude probatória), conforme o art. 65.1 do CPP italiano⁴⁴. Na França, em seu primeiro interrogatório na fase da *instruction* (fase investigativa conduzida pelo juiz de instrução), o juiz deve dar conhecimento ao investigado dos fatos cuja suspeita recaem sobre si e sua qualificação jurídica, (art. 116, §§ 3º e 4º, do CPP francês), sendo que a *instruction* não pode ser concluída sem a realização de interrogatório, destacando seu valor como verdadeira fase de contraditório na investigação⁴⁵. Na Inglaterra, apesar de a Polícia ter iniciativa de realizar o primeiro interrogatório, deverá antes informar ao interrogado sobre a natureza dos delitos dos quais é suspeito (PACE 1984, Código C, art. 10.1). O próprio TEDH caminha nesse sentido de exigir

⁴³ Na doutrina espanhola, também reconhecendo a existência de um direito a ser informado de quais fatos estão sendo investigados e das provas que até ali existem, ver Revilla González, 2000:24 e 38. Todavia, há regra da LECrim, art. 396.2, em sentido contrário.

⁴⁴ Todavia, argumentando que a necessidade de informação dos meios de provas existentes e respectivas fontes, bem como individualização do fato de que é investigado, apenas seria presente no caso do interrogatório propriamente dito (diretamente pelo Ministério Público ou delegado especificamente à Polícia), e não no caso da *sommariе informazioni* feita ex officio pela Polícia, já que essa possuiria caráter prevalente de investigação e não de oportunidade de defesa: D’Ambrosio e Vigna, 2003:234. Em sentido contrário, argumentando que a extensão da regra do art. 65 do CPP também é devida às entrevistas feitas pela Polícia, limitadas à individualização do fato que já seja possível no estado da investigação e à informação das provas que não inviabilizem a continuidade dos trabalhos policiais: Lupária, 2009:205.

⁴⁵ Boulloc, 2010:632.

como regra a *disclosure* de informações na fase das investigações ao investigado, e admitindo a restrição de divulgação das informações em situações muito excepcionais para a proteção do sucesso da investigação, isso por decisão judicial⁴⁶.

4.3.3 A necessidade de primeiro interrogatório judicial para o investigado preso

4.3.3.1 A tendência de direito estrangeiro

Há uma convergência de entendimentos no direito processual penal de diversos países no sentido de que a pessoa presa na fase das investigações deve ser imediatamente apresentada pessoalmente ao juiz, para que este realize seu interrogatório e decida sobre a necessidade de continuidade de sua prisão. Vejamos brevemente⁴⁷.

Em **Portugal**, quando uma pessoa é detida, ela deve ser imediatamente apresentada ao juiz de instrução, o qual deverá interrogá-la sobre os fatos (primeiro interrogatório judicial de arguido detido, cf. art. 141 do CPP português). Esse primeiro interrogatório de pessoa detida é privativo do juiz, não podendo ser realizado pela Polícia (CPP português, art. 268.1.a). Em casos urgentes que não for possível apresentar imediatamente o detido ao juiz de instrução, poderá ocorrer um interrogatório sumário pelo Ministério Público, seguido do posterior interrogatório pelo juiz de instrução (CPP português, art. 143). Caso haja necessidade de realização de novos interrogatórios do preso, ou ainda no caso de primeiro interrogatório de pessoa não detida, eles poderão ser realizados no inquérito diretamente pelo Ministério Público ou poderão ser delegados à Polícia (CPP português, art. 144.2 e art. 270.1). Verifica-se, portanto, um cuidado especial com o primeiro interrogatório de investigado detido, o momento onde as arbitrariedades são mais usuais no afã de se obter novas informações investigativas. Nas palavras de Albuquerque: “o primeiro interrogatório judicial de arguido detido visa revelar ao detido os

⁴⁶ Ver TEDH, *Lamy vs. Bélgica*, *Leitzow vs. Alemanha*, *Nikolova vs. Bulgária*, *Migon vs. Polônia*, *Danov vs. Rússia*; ver ainda o ponto 26 da Recomendação Rec. (2006) 13 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre o uso da prisão preventiva. De forma mais geral, sobre a relevância dos direitos de defesa já na fase das investigações, v. TEDH, *Can vs. Áustria*, 1984. Ver comentários em P.P. Albuquerque, 2009:390, argumentando que não é qualquer perigo que justifica o sigilo, mas um perigo especialmente grave.

⁴⁷ Excluimos a referência à Inglaterra, onde não existe essa regra de apresentação obrigatória do investigado preso ao juiz, sendo lícito que a Polícia o interroge diretamente. O PACE 1984, Código C, estabelece a regra geral de que o interrogatório policial deve ser feito apenas na Delegacia de Polícia, onde haverá um controle preliminar pelo *custody officer*, apesar de considerar que as perguntas genéricas feitas durante a abordagem não configuram interrogatório. V. Cuadrado Salinas, 2010:258 *et seq.*

motivos da sua detenção, ouvir as razões do detido e colocar o juiz em posição de decidir se os motivos que determinaram a detenção ainda subsistem em face das razões do detido e se justificam uma medida de coação”⁴⁸.

Na **Itália**, no caso de interrogatório de pessoa presa por flagrante delito (art. 388 do CPP italiano), após a Polícia colocar a pessoa à disposição do Ministério Público, o Ministério Público poderá realizar o interrogatório do investigado e em seguida requerer ao juiz a audiência de convalidação, na qual o juiz para a investigação realizará um “interrogatório de garantia”, no qual avalia os requisitos de manutenção da medida (art. 390.2). Esse interrogatório de garantia deve ser feito no prazo máximo de 48 horas da detenção, em respeito à regra do art. 13.3 da Constituição Italiana. Todavia na hipótese de efetuar-se uma prisão preventiva, o Ministério Público apenas poderá interrogar após a realização do interrogatório de garantia pelo juiz (art. 294.6)⁴⁹. A manutenção da prisão depende de um requerimento do Ministério Público (art. 390.3-bis), sendo obrigatória a participação defensor do réu nessa audiência⁵⁰.

A Polícia italiana não possui em regra autonomia para realizar o interrogatório do investigado por iniciativa própria. Há apenas três formas de a Polícia obter informações do investigado: (a) mediante conversa informal no local dos fatos e logo após a prática da infração penal (art. 350.5 do CPP italiano); (b) mediante entrevista com o investigado que não está preso (art. 350.1 do CPP italiano); (c) mediante interrogatório por delegação específica do Ministério Público, apenas para o caso de investigado solto (art. 370 do CPP italiano). O interrogatório de investigado preso é privativo do Ministério Público e não admite delegação à Polícia (art. 388). A possibilidade de a Polícia realizar por iniciativa própria uma entrevista com o investigado que esteja solto (art. 350.1), a chamada de *sommariie informazione*, é chamada na doutrina de um “quase interrogatório”, todavia ela corresponde a um convite de comparecimento, há que a Polícia não tem poderes de determinar a condução coercitiva do investigado, apenas o juiz poderá determiná-la, e apenas para realizar-se perante o Ministério Público, já que nessa situação o interrogado estará momentaneamente com sua liberdade restringida (art. 376)⁵¹. Todas essas

⁴⁸ P.P. Albuquerque, 2009:387.

⁴⁹ Chiavario, 2009:663.

⁵⁰ A intervenção obrigatória do Ministério Público no processo de confirmação da prisão em flagrante é visto como uma garantia adicional ao investigado: Chiavario, 2009:626.

⁵¹ Lupária, 2009:201. Em verdade, na versão original do CPP, a Polícia não podia realizar entrevista com o investigado, apenas com testemunhas; as progressivas reformas introduziram essa possibilidade de entrevista com

normas possuem uma finalidade: reconhece-se que o interrogatório em si mesmo é um ato altamente intimidatório. Se o investigado está em liberdade, aceita-se a possibilidade de o interrogatório ser realizado pela Polícia, mas se ele está preso em flagrante, reserva-se a realização do interrogatório ao Ministério Público, como uma garantia adicional de que ele não sofrerá quaisquer formas de pressões indevidas no ambiente policial⁵².

Na **Alemanha**, o art. 104.3 da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) prevê que toda pessoa presa deve ser levada até o final do dia seguinte à sua prisão à presença de um juiz, que deverá informá-lo das razões da prisão, examiná-lo e dar-lhe oportunidade de arguir objeções à prisão, expedindo-se uma decisão com os fundamentos de sua manutenção na prisão ou de sua liberação. Mesmo que o preso tenha sido detido em razão do cumprimento de um mandado de prisão, ele ainda assim deve ser levado à presença de um juiz. A StPO, § 115.2, reitera que o prazo dessa apresentação ao juiz não pode exceder o dia seguinte ao da detenção. Caso não seja possível a apresentação nesse prazo ao juiz competente, ele deve ser apresentado ao juiz do local dos fatos, para oitiva dentro do prazo, seguindo-se, mediante requerimento do detido, nova oitiva pelo juiz natural (StPO, § 115a). O primeiro interrogatório de investigado preso será realizado necessariamente pelo juiz da investigação no momento da apresentação pessoal do preso para conversão de sua detenção em prisão preventiva (StPO, § 115.2 e § 128.1.2), sendo admitida a participação do Ministério Público e do Defensor (StPO, § 168c.1). Há um procedimento especificamente previsto para a decretação da prisão preventiva, que exige um requerimento do Ministério Público, com indicação sumária dos fatos imputados ao investigado, oitiva do investigado, realização de uma audiência contraditória e posterior decisão judicial (StPO, §§ 413-416). Esse procedimento tem lugar logo após a realização do interrogatório do detido pelo juiz⁵³. Após esse primeiro interrogatório judicial do preso, o Ministério Público ou a Polícia poderão

o investigado, que progressivamente erodiram a lógica original de vedar esse contato da Polícia com o investigado. Sobre a obrigatoriedade de o interrogatório de pessoa sob condução coercitiva ser realizado perante o Ministério Público e não perante a Polícia, ver Lupária, 2009:201.

⁵² Apesar da redação relativamente ampla do art. 350.1 do CPP italiano, há entendimento doutrinário que a vedação de realização de interrogatório de pessoa presa se limitaria à prisão em flagrante, sendo possível a obtenção de *sommari informazioni* de pessoa presa em decorrência de prisão preventiva, em cumprimento de pena, ou ainda em prisão em flagrante por outro crime: D'Ambrosio e Vigna, 2003:235. Registre-se, todavia, que a redação do art. 350.1 fala genericamente em pessoa presa ou submetida a *fermo*, e não apenas a prisão em flagrante pelo próprio crime e que o art. 370.1 apenas permite ao Ministério Público realizar a delegação de interrogatório à Polícia de pessoa que se encontre em estado de liberdade, tudo indicando que a Polícia não pode realizar entrevista com investigado preso.

⁵³ Roxin, 2000:283.

realizar outros interrogatórios. Todavia, o interrogatório investigativo perante o juiz, logo em seguida à detenção policial preventiva ou ainda caso o Ministério Público especificamente solicite a realização deste interrogatório, tem um valor de prova mais elevado que o meramente realizado em dependências policiais ou perante o Ministério Público (StPO, § 254). A Polícia possui legitimidade autônoma para realizar o interrogatório do suspeito não preso (StPO, § 163a.4). Todavia, se ele não comparecer espontaneamente, a condução coercitiva poderá ser realizada apenas pelo Ministério Público (§ 163a.3), pois nessa situação o conduzido estará momentaneamente com sua liberdade restringida.

Na **Espanha**, a LECrim estabelece como regra que, quando se realiza uma detenção, o responsável pela detenção (particular ou policial) deverá apresentar a pessoa em no máximo 24 horas ao juiz mais próximo ao local da detenção ou, não sendo possível, deverá colocar em liberdade a pessoa, sob pena de responsabilidade criminal (art. 386 c/c art. 496 da LECrim). Se o preso for apresentado diretamente ao juiz de instrução, este terá mais 72 horas para ou converter a detenção em prisão, ou tornar a detenção sem efeito (art. 497), ou ainda conceder liberdade provisória no caso de prisão em flagrante (art. 499).

Quando o juiz de instrução espanhol recebe a comunicação da detenção de uma pessoa, se não conceder imediatamente liberdade provisória sem fiança, deverá designar uma audiência, no prazo mais breve possível e dentro das 72 horas seguintes, para decidir sobre a conversão da detenção em prisão provisória ou a concessão de liberdade provisória com fiança, com participação do Ministério Público, acusador particular e do defensor do preso (constituído ou dativo) (art. 505.1 e .2). Se por motivos de força maior não for possível a realização da audiência nesse prazo, é possível ao juiz decidir monocraticamente e designar outra audiência para as próximas 72 horas. É obrigatória a participação da acusação para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva pois, se na referida audiência a parte acusadora não formular pedido de prisão ou de fiança é obrigatória a concessão de liberdade ao réu (art. 505.4). Ao final dessa audiência será lavrado um auto, com a indicação da manifestação das partes e a decisão judicial fundamentada (art. 506). Após a decisão do juiz de instrução convertendo a detenção em prisão, deverá ocorrer a intimação do Ministério Público, do querelante e do próprio investigado preso (art. 501). Além desse primeiro interrogatório judicial, não é vedada a realização do interrogatório também pela Polícia, por interpretação dos art. 282, 292 e 297.3, bem como do art.

11.1.g da LO 2/1996 (LOFCS), que permite a colheita de declarações do investigado; todavia, para esse procedimento serão asseguradas as mesmas garantias do interrogatório judicial⁵⁴.

Na **França**, a Polícia pode realizar de iniciativa própria a prisão de uma pessoa em duas situações: a prisão em flagrante (*arrestation*), e a detenção policial de suspeito (*garde à vue*). A detenção policial deve ser imediatamente comunicada ao Ministério Público e durará por 24 horas. O procurador da República deve analisar se a manutenção da detenção é necessária, se os direitos do detido estão sendo respeitados e, a qualquer momento, pode ordenar a apresentação da pessoa detida ou ainda a imediata liberação da mesma (art. 62-3), podendo ainda permitir a continuidade da detenção por até 24 horas (casos de criminalidade ordinária, cf. (art. 63.II e art. 77.2 do CPP francês) ou 48 horas (criminalidade organizada, cf. art. 706-88 do CPP francês)⁵⁵. Essa apresentação do preso ao Ministério Público poderá ocorrer por videoconferência (art. 63.II do CPP francês). Caso seja necessário superar esse prazo máximo de 48 horas, então será necessário que o Ministério Público formule um requerimento para conversão da detenção policial em prisão preventiva (*détention provisoire*), devendo para tanto apresentar pessoalmente o preso ao juiz das liberdades e garantias, o qual poderá interrogar o conduzido, ouvir os requerimentos de seu advogado e então decidir sobre o pedido do Ministério Público de prisão preventiva (art. 396.2). Não há vedação para a Polícia realizar o interrogatório durante a *enquête préliminaire* (investigação conduzida pela Polícia sob controle do Ministério Público ou diretamente por esse), todavia, durante a *instruction* (investigação conduzida pelo juiz de instrução) apenas o juiz de instrução poderá realizar o interrogatório.

No **Chile** a polícia apenas poderá realizar o interrogatório com a presença do defensor; em caso de ausência, as perguntas ficam limitadas ao interrogatório de identificação; se o investigado insistir em prestar declarações, ele deverá ser levado à presença do Ministério Público, ou receber uma autorização deste para receber as declarações (CPP chileno, art. 91). Idêntica regra há no **México**, no art. 3º, *in fine*, do CPP federal. Regra semelhante existe na

⁵⁴ Sobre a admissibilidade da colheita de declarações do investigado pela Polícia na Espanha, ver Martín Ancín e Álvarez Rodríguez, 2007:271. Todavia, mesmo na situação de interrogatório policial, a presença do advogado é obrigatória, pois não há distinção entre interrogatório e colheita de declarações de investigado, sendo ambos cobertos pelas mesmas garantias.

⁵⁵ Entre os meios de comunicação admissíveis estão a ligação telefônica ou o fax, desde que seja inequívoca a comunicação; há jurisprudência da Corte de Cassação de que um retardo de dois horas na comunicação ao Ministério Público sem qualquer motivo excepcional seria injustificável: França, Corte de Cassação, Criminal, 31 maio 2007. Ver Guinchard e Buisson, 2009:524.

Argentina, no CPP federal, art. 84, com a diferença de que, se o investigado insistir em declarar perante a Polícia, apenas poderá fazê-lo por escrito próprio e não mediante interrogatório. Diversos países latino-americanos têm realizado reformas para se proibir a Polícia de realizar diretamente o interrogatório, como estratégia para se prevenir a ocorrência de interrogatórios sob violência, como é o caso da Costa Rica, Venezuela e Guatemala⁵⁶.

Esse breve panorama de direito estrangeiro permite extrair duas conclusões relevantes: (i) no caso de se efetuar a prisão em flagrante, há uma tendência para que haja um procedimento de apresentação imediata e pessoal do preso ao juiz para se converter a detenção policial em prisão preventiva, bem como (ii) há uma tendência geral de perspectivar com restrições a possibilidade de a Polícia ter iniciativa própria para realizar o primeiro interrogatório do investigado preso, o qual deve ser atribuído ou ao Ministério Público ou ao juiz das garantias na fase das investigações. Ambas as visões estão entrelaçadas, pois é no procedimento de conversão da detenção policial em prisão preventiva que ordinariamente se realiza o primeiro interrogatório judicial do investigado preso. A primeira perspectiva é de aplicação obrigatória no Brasil, e a segunda é uma conveniência político-criminal, como veremos a seguir.

4.3.3.2 A obrigatoriedade desse procedimento no Brasil

A necessidade de apresentação imediata do preso ao juiz não é apenas uma tendência político-criminal do direito processual penal de outros países, há normas cogentes no Brasil que determinam a realização dessa apresentação pessoal, mas que têm sido sistematicamente ignoradas pelo processo penal brasileiro. Ela deriva de normas de tratados internacionais que estabelecem a obrigatoriedade de que o preso seja imediatamente apresentado à autoridade judiciária. Vejamos.

Estabelece o art. 9.3 do PIDCP da ONU, de 1966:

Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infração penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias e deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado.

No mesmo sentido o art. 7.5 da CADH (Dec. n. 678/1992):

⁵⁶ Malarino, 2004:159.

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Esses dispositivos estão em pleno vigor no Brasil pelos Decretos n. 592/1992 e 678/1992, respectivamente. Após a EC n. 45/2004, que alterou o § 3º do art. 5º da CRFB/1988, os tratados internacionais sobre direitos humanos, que forem aprovados segundo o rito das emendas constitucionais, terão esse *status*. Quanto aos tratados incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes dessa emenda, o STF tem reiteradamente reconhecido que tais convenções internacionais possuem um *status* de supralegalidade, ou seja, apesar de estarem abaixo da CRFB/1988, estão acima de todo o restante ordenamento jurídico infraconstitucional, não podendo, portanto, serem revogadas por uma lei ordinária posterior, sendo possível se falar de um verdadeiro controle de convencionalidade das leis infraconstitucionais brasileiras que estão em desacordo com tratados internacionais relativos a direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro⁵⁷. Portanto, o fato de o art. 306 do CPP não prever a necessidade de apresentar pessoalmente o preso ao juiz, contentando-se com o mero encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante, no qual consta o interrogatório do preso, tal disciplina normativa não pode ter o condão de afastar a aplicação imediata dos artigos de tratados internacionais recepcionados pelo Brasil que já são, por sua clareza, auto-aplicáveis; “toda pessoa detida deve ser conduzida sem demora à presença de uma autoridade judiciária”. E o delegado de polícia claramente não preenche esses requisitos, pois o que o dispositivo exige é uma autoridade imparcial com competência para decidir sobre a restrição à liberdade do preso. As expressões “prontamente” ou “sem demora” não podem ser interpretadas com o ato de interrogatório, que

⁵⁷ Conferir: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002)”; STF, Pleno, RE 349.703, rel. Min. Carlos Britto, j. 3 dez. 2008, DJe 4 5 jun. 2009. Em sentido semelhante, ver ainda: STF, Pleno, RE 466343, rel. Min. Cezar Peluso, j. 3 dez. 2008, DJe 5 jun. 2009. Houve quem chegou a defender que os tratados internacionais teriam hierarquia superior à da Constituição: ver Cunha e Baluta, 2003:31-60. Essa interpretação passa pela consideração do art. 27 da Convenção de Viena, sobre direito dos tratados, que estabelece que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado”.

atualmente é realizado apenas ao término da instrução processual, em média mais de um mês após os fatos. O caso é ainda mais sério no caso de prisão temporária, que pode eventualmente perdurar por até 60 dias no caso de crimes hediondos (Lei n. 7.960/1989 c/c Lei n. 8.072/1990, art. 2º, § 4º), situação em que ficaria detido sem uma rotina obrigatória que lhe possibilite ter contato com o juiz. É necessário cumprir a norma internacional⁵⁸.

Essa norma de apresentação pessoal imediata do preso ao juiz possui quatro finalidades básicas: (i) estabelecer um mecanismo de fiscalização judicial imediata de eventuais arbitrariedades praticadas no curso da detenção; (ii) assegurar a possibilidade de autodefesa quanto aos fatos investigados, oferecendo-se ao preso um espaço de maior liberdade para dar sua versão dos fatos, longe da eventual restrição à sua liberdade de se manifestar que poderia existir no ambiente policial; (iii) assegurar possibilidade de autodefesa quanto à decisão judicial de manutenção da prisão em flagrante; (iv) estabelecer um mecanismo obrigatório de revisão judicial da necessidade de manutenção da detenção efetuada pela Polícia.

Quanto à primeira finalidade, a apresentação imediata do preso ao juiz é um importante mecanismo de controle externo da atividade policial realizado pelo magistrado, na perspectiva de fiscal contra eventuais arbitrariedades. Assim, presume-se que se os policiais envolvidos na investigação e na efetivação da prisão souberem que fatalmente, logo após a efetivação da prisão, o detido será imediatamente apresentado à autoridade policial, perante a qual ele poderá delatar eventuais arbitrariedades de que foi vítima, haverá uma menor probabilidade de ocorrência de arbitrariedades e, caso praticadas, uma maior probabilidade de uma investigação imediata ser iniciada, elevando-se as chances de se documentar a arbitrariedade e se punir os responsáveis. A apresentação imediata é uma garantia tanto profilática quanto de efetividade da eventual responsabilização do desvio policial.

Na segunda perspectiva, considera-se que muitas vezes o preso poderá sentir-se psicologicamente pressionado ou constrangido de dar sua versão dos fatos para um policial que, de antemão, já o considera como o autor do crime (tanto que o prendeu diante dos indícios presentes). Assim, a possibilidade de dar sua versão diretamente ao juiz é uma garantia da

⁵⁸ Nesse sentido, no Brasil: R.S.M. Cruz, 2011:124; L.G.G.C. Carvalho, 2006:178; Choukr, 2009b:74; Tucci, 2004:346, Delmanto Jr., 1997. Reconhecendo a medida como altamente recomendável, ver Sérgio Sobrinho,

liberdade de manifestação, da efetiva possibilidade de dar sua versão dos fatos sem quaisquer constrangimentos, e assim exercer de forma antecipada seu direito de participação quanto ao desenrolar das investigações e, portanto, de influenciar na decisão do Ministério Público de promover ou não a ação penal. A distinção de efetividade entre o interrogatório policial constante do auto de prisão em flagrante e o interrogatório imediato perante o magistrado, funções indicadas nos itens (ii) e (iii) supra, deriva da presunção de que haverá maior liberdade de manifestação no interrogatório perante o árbitro imparcial (um verdadeiro juiz das garantias, que é a função do juiz na fase das investigações) do que no prestado diante do investigador.

A terceira e quarta perspectivas estão ligadas com a legitimidade da manutenção da prisão do autuado, concretizando um procedimento obrigatório de contraditório prévio e de decisão judicial fundamentada quanto à necessidade de manutenção da restrição cautelar da liberdade (ou melhor, da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva). A procedimentalização do exame judicial obrigatório e motivado da referida conversão está devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 310 do CPP, introduzido pela Lei n. 12.403/2011. Mas a possibilidade de ter contato pessoal com o juiz ainda não foi implementada, e, especialmente, a perspectiva da garantia contra a prática de arbitrariedades policiais tem uma lógica central na apresentação pessoal imediata do preso ao juiz. Vale lembrar que a apresentação imediata de preso ao juiz não é qualquer novidade no sistema processual brasileira, sendo prevista como procedimento obrigatório no art. 236, § 2º, do Código Eleitoral, para as prisões ocorridas cinco dias antes e 48 horas após as eleições, situação em que o preso ou detido deverá ser imediatamente “conduzido à presença do juiz competente”. Ela também é prevista como facultatividade no art. 2º, § 3º, da Lei n. 7.960/1989, para a prisão temporária, bem como é prevista nos arts. 656 e 657 do CPP, para o procedimento de *habeas corpus*, apesar de ambos os dispositivos serem quase nunca aplicados, ante sua não-obrigatoriedade. Ademais, a Lei n. 7.960/1989 já prevê a necessidade de haver um sistema de plantão judicial para apreciar os pedidos de prisão temporária, sendo razoável se estender esse plantão também à exigência de apresentação imediata de preso ao juiz, prevista no art. 7.5 da CADH.

2003:134, também argumentando que a apresentação imediata do preso temporário (Lei n. 7.960/1989, art. 2º, § 3º) deveria ser obrigatório e não meramente facultativo.

A CIDH já foi chamada por diversas vezes a se manifestar quanto à interpretação do referido art. 7.5 da CADH e entendeu que⁵⁹:

- a) a mera notificação da prisão à autoridade judiciária não substitui a condução do preso à presença do juiz (Equador);
- b) o prazo de quinze dias para que o preso seja levado à presença do juiz é excessivo (Peru);
- c) o prazo de uma semana para que o preso seja levado à presença do juiz também é excessivo (Argentina);
- d) o prazo de vinte e quatro horas para que o preso seja conduzido à autoridade judicial está em consonância com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Honduras).

Essas normas têm paralelo com o art. 5.3 da CEDH, que estabelece ao preso o direito de ser prontamente (em francês *aussitôt*, em inglês *promptly*) apresentado a uma autoridade judiciária para o respectivo controle da diligência efetuada⁶⁰. Em sentido semelhante à CIDH, o TEDH tem reiteradamente decidido que o art. 5.3 da CEDH representa uma garantia de primeiro nível na proteção da segurança física de um indivíduo, e em sua jurisprudência desenvolveu três *standards* para justificar a restrição da liberdade: interpretações estritas das exceções à liberdade, legalidade das detenções e a rapidez dos controles judiciais sobre as prisões, que devem ser automáticos e devem ser desempenhado por uma autoridade judicial que ofereça as garantias de independência do executivo e das partes e com o poder de relaxar a prisão após verificar ter sido ou não justificada a detenção⁶¹. O TEDH entende que se o início do interrogatório pelo juiz ocorre após 48 horas da detenção, há uma violação ao art. 5º da CEDH, podendo, todavia, iniciar-se dentro do prazo e sua conclusão e a posterior decisão judicial de convalidação da prisão eventualmente superarem esse prazo⁶².

A apresentação pessoal do réu ao juiz logo após a prisão acaba por assumir a função de controlar a efetiva necessidade de manutenção da custódia cautelar, permitindo-se

⁵⁹ Conferir argumentação constante do voto da Min. Eliana Calmon no pedido de providências à Corregedoria do CNJ n. 0001731-41.2012.2.00.0000.

⁶⁰ Conferir: “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea ‘c’, do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo”.

⁶¹ Destacando esses *standards* na sua jurisprudência, ver a decisão TEDH, *Medvedyev e outros vs. França*, 10 jul. 2008; TEDH, *Kaiser vs. Suíça*, 15 mar. 2007.

avaliar a possibilidade de sua substituição por outra medida cautelar menos gravosa. Assim, em determinados países que concedem maior liberdade à Polícia para efetuar detenções em situação de provável necessidade de prisão preventiva, essa maior discricionariedade concedida à Polícia acaba sendo compensada pela análise imediata do caso e eventual substituição da medida por uma cautelar de menor intensidade⁶³.

Não à toa o CNJ tem atualmente um projeto de resolução em andamento para disciplinar a obrigatoriedade de aplicação das referidas normas internacionais (que já estão em plena vigência no Brasil há duas décadas), estabelecendo-se um procedimento ordinário de apresentação imediata do preso ao juiz, independentemente do cumprimento das regras infraconstitucionais sobre a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial e, portanto, da realização de um interrogatório policial nessa fase. Essa iniciativa do CNJ foi motivada pelo reconhecimento de que, durante diversas correições e mutirões carcerários coordenados pelo CNJ, verificou-se um número extremamente elevado de casos de prisões ilegais, torturas e excessos de prazo e descumprimento de direitos fundamentais dos presos⁶⁴.

A iniciativa em andamento do CNJ é louvável e parece-nos compatível com seu papel constitucional de expedir atos regulamentares (CRFB/1988, art. 103-B, § 4º, I), já que referidas normas constitucionais estão em vigor no Brasil desde 1992. Poder-se-ia argumentar que se tais normas estão em vigor desde 1992, então todos os procedimentos criminais são nulos desde então. Parece-nos que uma interpretação radical não se mostra legítima, pois a concretização do sentido efetivo do art. 7.5 da CADH foi sendo decantado com o passar do tempo pela CIDH, sendo que a efetiva interpretação sobre o que significa uma disposição da CADH é atribuição exclusiva da CIDH, pois o Brasil expressamente reconheceu sua jurisdição no plano internacional, abrindo mão, assim, de uma parcela de sua soberania para um órgão internacional de defesa de direitos humanos. Ademais, se a violação da referida norma convencional deve gerar o relaxamento da prisão ou apenas a responsabilização do policial que deixa de apresentar o preso ao juiz é uma questão afeta ao direito interno, que, contudo deve

⁶² TEDH, Zervudacki vs. França, 27 jul. 2006. Ver comentários em P.P. Albuquerque, 2009:394.

⁶³ Segundo Chiavario, 2009:646, na Itália, a liberdade da Polícia realizar o chamado “flagrante facultativo” no caso de crimes de gravidade intermediária (art. 381.2 do CPP italiano), é compensada com essa apresentação imediata ao juiz.

guiar-se pela necessidade de haver um *effective remedy* contra a tal violação da norma internacional. A eventual falta de juízes no interior do Brasil também não pode ser um empecilho ao cumprimento de uma norma que está em vigor, pois cumpre ao Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia adequarem seus quadros a uma norma que está em vigor e não simplesmente desconsiderá-la. Por exemplo, assim que entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), prevendo a obrigatoriedade de apresentação imediata de todo adolescente apreendido em flagrante ao Ministério Público, como uma verdadeira garantia de proteção ao adolescente, o Ministério Público teve que se reorganizar para cumprir efetivamente essa função. Todavia, parece-nos razoável que o prazo de apresentação do preso, que já pode ser imediato (v.g., 24 horas após a conclusão do APF) nas capitais de Estado e grandes cidades, seja eventualmente mais alargado no caso de prisões ocorridas no interior do país nas quais não raro há um juiz respondendo por várias comarcas (v.g., alguns poucos dias). Mas não se pode abrir mão de que o preso seja pessoalmente apresentado ao juiz para este fiscalizar se houve alguma arbitrariedade no curso da prisão, para dar-lhe oportunidade de se manifestar livremente sobre as razões que justificaram sua prisão, e que o juiz leve em consideração tais razões para formação de sua convicção sobre a necessidade ou não de manter a custódia cautelar do investigado.

Assim, a autoridade policial irá deter a pessoa em flagrante delito, irá realizar a lavratura do auto de prisão em flagrante, realizando desde já o interrogatório do réu (que não é proibido no sistema atual), encaminhará ao juiz, Ministério Público e defesa cópia do auto de prisão em flagrante e providenciará pela apresentação pessoal do preso perante a autoridade judiciária. Se a apresentação for realmente “imediatamente”, ou seja, em poucas horas, poderá o juiz aguardar a realização da audiência para ouvir o preso e decidir sobre a decretação da prisão preventiva; mas houve qualquer risco de delonga, deverá o juiz já realizar uma análise preliminar do APF, proferir uma decisão provisória sobre a manutenção da prisão até a realização da audiência de apresentação, na qual, aí sim, será decidido definitivamente quanto ao tema.

Um detalhe que não pode ser esquecido na regulamentação dessa medida é que, nessa audiência de apresentação do preso, deve haver presença obrigatória do Ministério Público, enquanto titular da ação penal e responsável pelo controle externo da atividade policial, devendo,

⁶⁴ Voto da Min. Eliana Calmon no pedido de providências à Corregedoria do CNJ n. 0001731-41.2012.2.00.0000. Registre-se, ainda, que há dois projetos de lei em tramitação para regulamentar o tema: PEC n. 112/2011 na Câmara dos Deputados, e PL n. 554/2011 no Senado.

após o interrogatório do preso, o Ministério Público ter a oportunidade de se manifestar pelo requerimento da prisão, o defensor do preso eventualmente presente ou a Defensoria Pública se manifestar sobre o requerimento do Ministério Público, e em seguida o juiz proferir sua decisão. A manifestação do Ministério Público na conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva é medida obrigatória, que deriva da própria estrutura acusatória do processo, não sendo admissível que o juiz decida sobre uma medida cautelar na fase investigativa sem o requerimento de medida cautelar pelo titular da ação penal. Imagine-se a situação irracional de o titular da ação penal considerar que as informações investigativas ainda são frágeis, sendo necessário avançar nas investigações, mas o juiz já considera as informações suficientes para decretar a prisão: como ficará o juiz se o Ministério Público eventualmente requisitar a realização de novas diligências, conforme já havia sinalizado anteriormente? Não pode o juiz obrigar o Ministério Público a oferecer denúncia, pelo que se conclui que também o deferimento de medida cautelar penal está subordinado ao exercício de uma pretensão cautelar pelo Ministério Público⁶⁵. O art. 306, § 1º, do CPP, prevê a obrigatoriedade de encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante delito à Defensoria Pública, caso o autuado não indique advogado particular; a releitura teleológica desse dispositivo à luz do art. 7.5 da CADH permite a conclusão de que, se a finalidade do dispositivo é assegurar a manifestação da Defensoria Pública nos casos de comunicação da prisão em flagrante delito, para que esta providencie a devida manifestação ao juiz e eventualmente realize as impugnações cabíveis, então a audiência de apresentação do preso, na qual será feito o seu interrogatório e será decidida sobre a manutenção da prisão deve contar também com a presença da Defensoria Pública caso o preso não tenha indicado advogado particular, como uma verdadeira garantia do investigado à ampla defesa contra prisões arbitrárias⁶⁶.

A criação de uma rotina de interrogatório judicial do preso poderá, em verdade, permitir a concretização de uma outra garantia processual que, na prática, não tem efetividade: o direito à assistência de um advogado ao preso (CRFB /1988, art. 5º, LXIII). Isso porque a maioria dos presos são pessoas pertencentes ao estrato social marginalizado, portanto sem condições econômica de providenciar um defensor particular que possa efetivamente se deslocar até a Delegacia de Polícia para acompanhar a lavratura do auto de prisão em flagrante, ou

⁶⁵ Nesse sentido: Rangel, 2009:64, admitindo, todavia, a decretação de prisão mediante representação da autoridade policial. Restringindo a legitimidade do requerimento ao titular da ação penal, ver E.P. Oliveira, 2009:459-461; E.C. Silva, 2010.

⁶⁶ Sobre a relevância da designação de defensor ao investigado preso, v. Roxin, 2007:153.

posteriormente deslocar-se até o presídio para ter contato pessoal com o investigado detido. Em termos práticos, os defensores públicos apenas vão ter contato pessoal com o investigado após o término das investigações, por oportunidade da audiência de instrução, oportunidade na qual, aliás, já estará preclusa a possibilidade de arrolar testemunhas. Em termos práticos, não há efetividade de defesa para os pobres. Havendo a obrigatoriedade de apresentação pessoal do preso ao juiz, no caso de prisão preventiva, o defensor público terá a oportunidade de ter contato com o seu cliente, o que maximizará a efetividade da ampla defesa, na perspectiva de oportunidade de intervenção no curso das investigações, para corrigir eventual equívoco, bem como para melhor se preparar a defesa prévia quando do oferecimento da denúncia.

Paralelamente à garantia de apresentação pessoal do preso ao juiz, deve-se assegurar a assistência da família e do advogado ao preso (CRFB/1988, art. 5º, LXIII), essencial para se permitir o exercício não apenas do direito de defesa, mas para se providenciar a pronta apuração do eventual desvio policial, já que a vítima em si estará em situação de privação de liberdade que a impossibilitará de providenciar per si tal coleta de provas e acionamento das instâncias de controle. Esse contato deve ser providenciado logo após a efetivação da detenção, ainda no âmbito policial, o mais breve possível (no máximo em poucas horas). A experiência demonstra que se não houver uma pronta intervenção logo após a prática do desvio policial, fatalmente as provas se dissiparão. Para tanto deve haver rotinas obrigatórias para se providenciar a nomeação de um defensor de fidúcia para o preso, que tenha condições efetivas de entrevistar-se com ele (v.g., no interrogatório de apresentação do preso). Ademais, se mesmo após o interrogatório o preso indica que deseja ter contato com seu defensor, indicando seu nome, tal informação prestada ao agente penitenciário ou ao médico que lhe atende, deve ter uma rotina institucionalizada pela Polícia que preveja a obrigatoriedade de o funcionário providenciar o contato solicitado⁶⁷. Essa audiência ainda teria o efeito benéfico de maximizar a compreensão do caso criminal pelo preso⁶⁸.

⁶⁷ Na Itália, o recente *caso Cucchi* (Cucchi, 2010) demonstra o qual é importante que os médicos que realizam o atendimento do preso tenham a obrigação de providenciar um contato com o advogado de fidúcia quando solicitados, bem como o dever de narrarem qualquer possível indícios de eventual abuso de autoridade sofrido pelo preso. Nesse caso a intervenção da família foi essencial à comprovação do desvio policial.

⁶⁸ Assim, Decocq *et al.*, 1998:714, defendem que quando a prisão em flagrante é convertida em prisão preventiva pelo juiz, o preso possui o direito de ser comunicado dessa conversão e do destino ordinário que será dado ao seu processo criminal, ou seja, qual é o prazo de conclusão das investigações, após o qual o Ministério Público tomará uma decisão de acusação.

Finalmente, cumpre destacar que esse incidente processual de apresentação do preso ao juiz em nada se confunde com o Juizado de Instrução. O juiz não passa a ter amplos poderes de investigação sobre o objeto do IP, mas apenas e tão somente tem o poder de ouvir pessoalmente a pessoa presa e analisar se as informações investigativas constantes do auto de prisão em flagrante, eventualmente contraditadas pela versão pessoal do investigado, formam um conjunto probatório apto a justificar a restrição cautelar da liberdade do investigado. Não se está falando aqui de investigação judicial, nem esse interrogatório terá a natureza de prova judicial, pois o réu ainda não foi formalmente acusado (e prova, em sentido técnico, é aquela produzida em juízo, após o oferecimento da denúncia⁶⁹). Ainda assim, esse interrogatório será uma informação investigativa apta ter a função endoprocédimental dos atos de inquérito: se respalda por outras informações investigativas, poderá justificar o deferimento de medidas cautelares penais na fase das investigações (prisão preventiva, buscas domiciliárias, interceptações telefônicas, quebra de outros sigilos constitucionalmente qualificados por prévia decisão judicial) e posteriormente poderá justificar a decisão judicial de recebimento da denúncia e início da ação penal. Não é possível que esse ato preliminar de interrogatório judicial do preso se converta numa instrução sumária, com oitiva de outras testemunhas com caráter de prova judicial (exceto situações excepcionais de produção antecipada de prova, devidamente formalizada nos termos do art. 225 do CPP), mesmo antes da denúncia, sob pena de subversão do sistema acusatório (haver instrução antes da acusação) e do devido processo legal.

4.3.4 Participação obrigatória do Defensor no interrogatório na fase das investigações

4.3.4.1 A tendência de direito estrangeiro e internacional

Em **Portugal**, a CRP/1976, art. 32.3 prevê que a lei estabelecerá os casos e fases em que a participação do advogado é obrigatória. O CPP português, art. 144.3, prevê que obrigatoriamente o interrogatório de pessoa detida será realizado com a presença de defensor (constituído ou dativo). O interrogatório de pessoa em liberdade poderá realizar-se sem a presença do defensor, todavia há regra expressa de que antes de proceder ao interrogatório ele será informado previamente de que tem o direito de ser assistido por advogado (art. 144.4 do CPP português) e se já houver advogado constituído na fase do inquérito ele será previamente

⁶⁹ Ver Gomes Filho, 1997.

intimado para o ato com pelo menos 24 horas de antecedência (CPP português, art. 272.4). Inclusive, no caso de investigado submetido à prisão preventiva, nessa situação específica não poderá se autodefender no interrogatório, sendo obrigatória a assistência de um defensor, pois há um interesse público em se assegurar uma fiscalização adicional ao ato do interrogatório no inquérito⁷⁰.

Na **Itália**, é exigida obrigatoriamente a participação de um defensor para assistir o interrogatório, tanto perante a Polícia (seja por iniciativa própria – *sommarie informazione* – ou por delegação feita pelo Ministério Público) quanto perante o Ministério Público. Se o investigado possui defensor constituído, é obrigatória a intimação de seu defensor (art. 364.3). Se o investigado comparecer sem a presença de um advogado constituído, a Polícia comunica tal fato ao Ministério Público para que lhe seja nomeado para aquele ato processual um defensor dativo (art. 350.4 e 364.2 do CPP italiano). No caso de prisão em flagrante seguida de interrogatório, se o investigado não proporcionar que um defensor constituído compareça ao ato, haverá um defensor dativo já previamente designado pelo Ministério Público para determinada área (art. 97.2 do CPP italiano) que será chamado a intervir no interrogatório policial. A ausência de intervenção do defensor no interrogatório constitui causa de nulidade absoluta (art. 179.1 do CPP italiano), já que sua presença constitui uma garantia contra eventuais arbitrariedades praticadas nesse ato processual. Estabelece art. 364.7 do CPP italiano que: “[...] o defensor pode apresentar ao Ministério Público pedido, observação ou reserva, da qual será feita menção na ata”.

Essa norma da exigência de advogado no sistema italiano é mitigada pela regra do art. 350.5 do CPP italiano, segundo a qual, logo após a prática do crime, ainda no local dos fatos, é lícito às autoridades policiais formularem perguntas informais ao suspeito sobre informações relevantes para o curso das investigações, com a finalidade de nortear a atividade investigativa em seu nascedouro, obviamente sem a participação do advogado diante da recente prática do delito, anda sob o “calor” do flagrante delito. Para esse interrogatório informal, não é obrigatório o conjunto de advertências formais previstas no art. 64.3, apesar de ser inegável que desde já o suspeito possui o direito ao silêncio e não pode ter tal direito violado⁷¹. Todavia, essas

⁷⁰ Nesse sentido: P.P. Albuquerque, 2009:398.

⁷¹ Lupária, 2009:206.

informações serão obtidas não como meio de prova em si mesmas, mas como um meio de investigação para se obter outros meios de prova⁷². Para compensar a ausência do defensor a tais interrogatórios informais, estabelece o art. 350.6 que as informações prestadas pelo suspeito sem a interveniência de advogado não poderão ser documentadas nem utilizadas. A vedação de documentação dessas informações é relativa à sua inclusão no inquérito, sendo admissível que haja uma documentação interna na Polícia dessas informações em seus relatórios de serviço, para evitar-se a perda do potencial cognitivo das mesmas⁷³. A vedação de utilização das informações apenas cede se o próprio suspeito informa em juízo espontaneamente tais informações, situação em que as testemunhas poderão ser inquiridas sobre as declarações do suspeito à Polícia logo após os fatos para contraditá-las (cf. art. 503.3). Todas essas regras de vedação de utilização processual das informações também valem para as declarações espontâneas do investigado prestadas na Polícia sem a assistência de defensor (art. 350.7); todavia, nessa situação, há regra expressa permitindo a documentação mediante *verbali complesso* (art. 357.2.b), entendendo-se que não há motivo para não se aplicar as advertências previstas no art. 64.3 (entre as quais a do direito ao silêncio)⁷⁴.

Na **Alemanha**, o procedimento de decretação da prisão preventiva exige participação obrigatória do defensor (StPO, § 140.1.7). Como quando o investigado é preso ele deve ser apresentado até o final do dia seguinte ao juiz da investigação, oportunidade em que se realiza o interrogatório do investigado (GG, art. 104.3 e StPO, § 115.2), na prática o defensor tem participação obrigatória nesse interrogatório judicial. Em regra o defensor tem direito de ter vista dos autos, a qual poderá ser restringida apenas em situações excepcionais quando as investigações não estiverem concluídas e o acesso aos autos puder comprometer o sucesso das investigações (StPO, § 147.2)⁷⁵. O investigado tem a possibilidade de ter contato com seu defensor em qualquer fase do procedimento, todavia a lei restringe o número de defensores ao

⁷² Admitindo a admissibilidade de utilização das informações informais do investigado à Polícia como fundamento para subsidiar os demais procedimentos na fase das investigações, ver: Itália, Corte de Cassação, Seção Unida, 25 set. 2008, decisão n. 1150/09, *Correnti*.

⁷³ D'Ambrosio e Vigna, 2003:238.

⁷⁴ Nesse sentido: Lupária, 2009:208. Contra: D'Ambrosio e Vigna, 2003:236. Criticando o uso informal das informações prestadas pelo investigado à Polícia, como sendo uma verdadeira "instrução de polícia", ver Ferrajoli, 2002:638.

⁷⁵ Todavia, Roxin, 2007:154, critica que, na prática, esse direito de vista é sistematicamente denegado, sendo concedido apenas logo antes do encerramento das investigações, numa diminuição da relevância da participação da defesa na fase investigativa.

máximo de três (StPO, § 137.1). Há restrições do contato do investigado com seu advogado especificamente par ao caso de crimes de terrorismo (StPO, § 148 e 148a e § 119.4).

Na **Espanha**, o art. 17.3 da Constituição Espanhola de 1978 assegura a assistência de advogado ao investigado detido nas diligências policiais e judiciais, nos termos da lei. O art. 520.2.c da LECrim estabelece a obrigatoriedade de participação de advogado nas diligências policiais e judiciais de interrogatório e de reconhecimento pessoal de identidade, nos casos de pessoa presa⁷⁶. Ambos os casos referem-se ao detido, de sorte que a jurisprudência interpreta que apenas nessas situações de investigado detido será obrigatória a presença do advogado, sendo facultativa sua presença para as diligências de investigado solto⁷⁷. Para essas diligências, se o advogado não se fizer presente será designado um defensor dativo. Essa exigência apenas é mitigada em hipóteses excepcionais em que o juiz de instrução decreta o sigilo das investigações inclusive para o advogado (art. 302 da LECrim).

Conforme a Consulta 2/2003 da Fiscalía General del Estado Espanhol, não necessitam de advogado as seguintes diligências investigativas⁷⁸:

(a) Nas declarações de co-imputados [co-investigados] a que não esteja assistindo profissionalmente. (b) declarações de testemunhas. (c) atos de imputação a terceiros por parte do detido (STS 1737/2000). (d) Inspeção radiológica do detido, realizada com autorização judicial; (e) quando se trata *ab initio* de reconhecimento fotográfico de um possível delinquente que ainda não foi identificado. (f) a busca praticada no domicílio do acusado quando ainda não se lhe imputa qualquer crime (STS 847/1999). (g) Finalmente, é desnecessária a participação de advogado para a diligência de leitura dos direitos do investigado (STS 1098/1999).

Todavia, entende-se que, no caso de o investigado prestar declarações espontâneas à Polícia logo na sequência de sua prisão, ainda no “calor dos fatos”, nessa situação

⁷⁶ Sobre o a diligência de *reconocimiento en rueda* (reconhecimento pessoal), apesar ser uma diligência de realização prevista perante o juiz, a jurisprudência espanhola admite sua realização em sede policial, com um valor probatório mais reduzido por ser uma diligência “repentina e improvisada” no sistema espanhol: ver Ortiz de Urbina, 2009:354.

⁷⁷ Entre outros, ver SSTC 23/1988 e 229/1999, SSTs 2 fev. 1996, 21 dez. 1995 e ATS 8 maio 1996. Todavia, criticando essa interpretação ao argumento de a função do defensor no interrogatório é de orientar seu cliente sobre o exercício de seus direitos e atuar como fiscal da legalidade do ato, ver Revilla González, 2000:145.

⁷⁸ Ortiz de Urbina, 2009:252.

obviamente sem a assistência de advogado, tais informações poderiam ser incluídas no relatório policial (atestado) com mero valor de notícia do crime, mas sem o respectivo valor probatório⁷⁹.

No caso de prisão em flagrante, também será obrigatória a assistência do advogado para a audiência de conversão da detenção policial em prisão preventiva (art. 505.4 da LECrim). Ainda sobre os direitos do investigado preso, estabelece a Circular 705/198 da Direção Geral de Polícia espanhola que os investigados presos serão objeto de exame médico para laudo de lesões ao entrar nas prisões, ao ser posto à disposição judicial, ou se verificar que sofreu uma lesão⁸⁰.

A designação de advogado dativo ao preso cautelar (se ele não indicar advogado, ou se seu advogado não for contatado ou não aceitar o encargo) será feita pela ordem dos advogados (*Colegio de Abogados*). Para tanto a Polícia deverá ter um livro de registro das ligações ao *Colegio de Abogados* solicitando a designação de advogado para os presos⁸¹. Nessa situação, o advogado designado deverá comparecer ao centro de detenção em até oito horas após a efetivação da prisão, e, não se comparecendo, será admissível a realização da colheita de depoimento e do reconhecimento pessoal do detido, sem prejuízo da responsabilização do advogado faltoso (art. 520.4). Quanto à intervenção do advogado, ele possui o direito de: (a) fiscalizar o respeito aos direitos do preso, especialmente o direito a ser comunicado de seus direitos e a ser examinado por médico; (b) participar das diligências de investigação em envolvam o preso, solicitando ao seu final a inclusão em ata de suas observações; (c) entrevistar-se reservadamente com o preso ao final das diligências a que tenha que intervir. Entende-se que, caso o preso em seu interrogatório reserve-se no seu direito de permanecer em silêncio, considerar-se-á que essa diligência já foi concluída e será permitido ao advogado já entrevistar-se com seu cliente⁸².

Segundo o TC espanhol, uma das principais finalidades da assistência de advogado no interrogatório policial é evitar a violação do privilégio contra auto-incriminação por

⁷⁹ Representativa dessa posição é a STS 7 fev. 1996: “não existe obstáculo algum para que os detidos em uma atuação policial proporcionem dados no calor dos fatos, de forma espontânea, livre e direta, que permitam continuar ou completar a investigação e praticar detenções preliminares, sempre que depois estes dados se incorporem ao relatório policial com todas as garantias legais e sejam contrastados durante as atuações e no momento do juízo oral”. Ver comentários e outras decisões em Martín Ancín e Álvarez Rodríguez, 2007:287.

⁸⁰ Martín Ancín e Álvarez Rodríguez, 2007:275.

⁸¹ Martín Ancín e Álvarez Rodríguez, 2007:287.

desconhecimento desse direito pelo investigado, e ainda de zelar pela fidelidade na transcrição da ata do interrogatório⁸³. Como ressalta Revilla González, a participação obrigatória do defensor no interrogatório, policial ou judicial, é regra importante para assegurar um equilíbrio de forças mesmo na fase das investigações, fiscalizar a fidelidade das transcrições, assegurar o respeito aos direitos constitucionais do interrogado e especialmente evitar, com a presença física do advogado, que ocorram quaisquer coações ou tratamentos incompatíveis com a dignidade do preso⁸⁴. Sobre esse papel de fiscalização, Gimeno Sendra afirma que o defensor é um “alter ego” processual⁸⁵. A ausência da participação do advogado nas situações em que a lei impõe sua presença constitui causa de nulidade que retira a força probatória do ato.

Na **França**, a participação do advogado no interrogatório policial é facultativa, não obrigatória; todavia, nos interrogatórios perante o Ministério Público ou perante o juiz de instrução, a participação do advogado é obrigatória⁸⁶. Se a pessoa detida em flagrante solicitar, o advogado pode acompanhar a realização do interrogatório, havendo um sistema organizado pela Ordem dos Advogados para se providenciar um advogado de fidúcia ao preso (art. 63-3-1 do CPP francês). Nessa situação, a Polícia deve aguardar a chegada do advogado por um período de até duas horas após a sua comunicação. Esse período de espera apenas pode ser desconsiderado se houver urgência na oitiva do detido, mediante decisão do procurador da República. Assim que o advogado chegar, ele possui o direito de tomar conhecimento do procedimento e de entrevistar-se com seu cliente, por um período de até 30 minutos (art. 63-4.4 do CPP francês)⁸⁷. A presença do advogado no interrogatório policial e a realização da entrevista do mesmo com o detido antes do interrogatório policial, todavia, não são obrigatórias. É admissível que a participação do advogado na fase inicial seja adiada por decisão fundamentada do procurador da República ou do juiz das liberdades, por motivos imperiosos ligados ao bom andamento das investigações e à conservação das provas (o primeiro decide por até 12 horas, e o segundo decide a prorrogação por até 24 horas, ambos por decisão concretamente fundamentada, cf. art. 145-4 do CPP

⁸² Nesse sentido é a Consulta n. 4/1985 da *Fiscalía General del Estado*, *apud* Oliva Santos *et al.*, 2007:402.

⁸³ STC 291995. Sobre a dimensão da participação da defesa na fase investigativa, ver Ortiz de Urbina, 2009:248-260.

⁸⁴ Revilla González, 2000:126.

⁸⁵ Gimenes Sendra, 2008:135.

⁸⁶ Para o interrogatório feito pelo Ministério Público no caso de criminalidade organizada, ver art. 706-106 do CPP francês. Para o interrogatório na fase de instrução, perante o juiz, ver art. 152 do CPP francês; ainda assim, o investigado pode abrir mão expressamente desse direito perante o juiz de instrução, cf. art. 114 do CPP francês. Ver Boulouc, 2010:725-726; Guinchard e Buisson, 2009:896.

francês)⁸⁸. Em sua participação no interrogatório, o defensor possui o direito de entrevistar-se com o detido (antes ou após o interrogatório) por um período de até 30 minutos (art. 63-4 do CPP francês), pode sugerir perguntas ao interrogado, que serão formuladas se o policial entender que são convenientes à investigação, mencionando-se na ata as eventuais denegações (art. 63-4-3). Todavia, o advogado possui a obrigação de não repassar a terceiros as informações que receber do detido ou de seu conhecimento do processo da detenção, enquanto durar a *garde à vue*⁸⁹. Na França, além de preverem a possibilidade de o investigado fazer-se assistido por advogado, permitem, conforme o caso, que ele se faça acompanhar de uma pessoa de sua confiança⁹⁰.

Na opinião de Guéry e Chambon sobre o sistema francês, um reforço na participação do advogado na fase das investigações guiadas pelo Ministério Público (fora da investigação do juiz de instrução) é essencial para assegurar a legitimidade desse procedimento⁹¹.

Na Inglaterra, a participação do advogado no interrogatório é facultativa, todavia o investigado preso deve ser informado de seu direito a prévio conselho com advogado assim que ingressar na Delegacia de Polícia, e se exigir esse conselho não será admissível que se prossiga com o interrogatório, exceto quando se tratar de um delito de elevada gravidade e houver o risco de o conhecimento da investigação pelo advogado inviabilizar seu sucesso (PACE 1984, art. 58 e Código C, art. 6.6).

O **TEDH** tem destacado a indispensabilidade da participação do advogado no interrogatório na fase das investigações, caso se deseje que este ato tenha alguma força probatória. Assim, no caso *Salduz*⁹², uma pessoa foi presa (pelo crime de participação em organização ilegal), teve seu interrogatório prestado perante a Polícia sem a assistência de um

⁸⁷ Sobre a intervenção do advogado no interrogatório, e sua relevância como instrumento de defesa, ver Guinchard e Buisson, 2009:541.

⁸⁸ Como indica a doutrina francesa, esse adiamento da possibilidade de participação do advogado na assistência ao investigado poderá ser considerado ilegítimo pelo TEDH, à luz de sua jurisprudência que considera essencial a participação do advogado desde o início dos atos de investigação. Ver TEDH, *Salduz vs. Turquia*, 27 nov. 2008; TEDH, *Dayanan vs. Turquia*, 13 out. 2009, req. 7377/03. Ver ainda Boulloc, 2010:410.

⁸⁹ Esse dispositivo, criado pela Lei n. 392/2011, parece ser destinado a evitar que o advogado repasse para outros eventuais co-autores do delito que ainda estão em liberdade informações sobre a detenção do seu cliente; aparentemente, a preocupação central é com as hipóteses de terrorismo e criminalidade organizada, quando há outras ações policiais em andamento para assegurar a detenção dos demais envolvidos, apesar de também ser uma redução parcial do direito de defesa (imagina-se a situação de o advogado compartilhar com outro colega de profissão os detalhes do processo para solicitar sugestões sobre a melhor estratégia defensiva).

⁹⁰ O art. 275 do CPP francês permite que o acusado, excepcionalmente, seja assistido por pessoa de sua confiança.

⁹¹ Guéry e Chambon, 2009:11.

advogado, no qual confessou o crime, e posteriormente em juízo argumentou que a confissão foi extraída mediante coação (*duress*); a referida confissão foi considerada em conjunto com outras provas para ensejar sua condenação pelo crime. Em seu julgamento, o TEDH considerou que o direito a ter a assistência de um advogado ainda na fase das investigações apenas pode ser considerado efetivo se a participação do advogado for considerada obrigatória, desde a primeira entrevista da Polícia com o suspeito, a menos que possa ser demonstrado diante de circunstâncias concretas que numa dada situação haveria razões fortes a justificar a restrição desse direito; e, ainda assim, uma tal restrição ao acesso ao advogado não poderia prejudicar processualmente os direitos de defesa do acusado, de sorte que, se a Polícia realizou uma entrevista com o suspeito sem a assistência de advogado, tais informações não poderiam ser utilizadas para justificar uma condenação. Apesar de a confissão policial não ser a única prova, o TEDH considerou que ela foi importante para o desenrolar do processo, e considerou portanto que o vício inquinava de nulidade todo o procedimento, por violação ao art. 6.3 c/c art. 6.1 da CEDH. Outro fator levado em consideração foi o fato de o autor de delito ter 17 anos na época dos fatos, o que justificaria especialmente a presença de um advogado em seu interrogatório. Com essa decisão, o TEDH manifestou-se pela obrigatoriedade de participação do advogado nos interrogatórios na fase investigativa, inclusive perante a Polícia, sob pena de violação de um direito fundamental à assistência de advogado.

Posteriormente, no caso *Dayanan*⁹³, o TEDH confirmou esse entendimento independentemente do conteúdo do interrogatório. Nesse caso, uma pessoa foi detida por suspeita de participação em atividades do *Hezbollah*, uma organização armada ilegal. Durante sua detenção policial, foi submetido a interrogatório sem a assistência de advogado, tendo permanecido em silêncio. O TEDH entendeu que, apesar do silêncio do investigado, o fato de não estar acompanhado de advogado durante a investigação maculava seu direito à assistência de advogado, o que anularia todo o procedimento.

A severidade das decisões do TEDH indica a relevância que é dada por essa corte à efetiva participação do advogado durante o interrogatório policial. Além de ser um direito de defesa, de ter o conselho de um defensor, a participação do advogado proporciona inegável

⁹² TEDH, *Salduz vs. Turquia*, 27 nov. 2008.

⁹³ TEDH, *Dayanan vs. Turquia*, 13 out. 2009, req. 7377/03.

efeito profilático em relação a eventuais arbitrariedades cometidas com a finalidade de facilitar uma confissão.

Em sentido semelhante, nos **EUA**, a Corte Suprema entendeu no caso *Massiah vs. US* (1964) que uma confissão obtida pela Polícia sem a assistência de advogado seria prova ilícita (no caso, tratava-se de uma escuta ambiental feita no veículo do suspeito, sem ordem judicial, mas o argumento da decisão foi a ausência de assistência de defensor nessa confissão, à luz da 6ª Emenda à Constituição estadunidense)⁹⁴. Os *Miranda warnings* abrangem a advertência ao direito ao silêncio, do direito a ter um advogado e que se fizer uso desse direito, ainda que não tenha recursos, terá um defensor dativo. Em *Edwards vs. Arizona* (1981), a Corte Suprema entendeu que se o preso pela Polícia faz uso do direito de ter prévio conselho com um advogado, o interrogatório deve obrigatória e imediatamente cessar, não podendo reiniciar até que se providencie um defensor dativo ao investigado, considerando-se prova ilícita as afirmações feitas pelo interrogado por iniciativa da Polícia, sem a presença do advogado, não podendo, portanto, a Polícia “convencer” o interrogado a falar sem a presença de seu advogado⁹⁵.

4.3.4.2 A conveniência político-criminal da intervenção obrigatória do defensor no interrogatório investigativo no Brasil

Como visto, a tendência de direito estrangeiro inclina-se claramente para se reconhecer a imprescindibilidade da intervenção de advogado durante o interrogatório na fase das investigações, especialmente para o primeiro interrogatório de investigado preso, normalmente nas hipóteses de flagrante delito, situação em que o crime ainda abala a comunidade e as exigências de securitarismo são mais fortes, a justificar um fundado receio de prática de arbitrariedades no interrogatório, bem como ante o evidente estado de fragilidade do interrogado que tem sua liberdade restringida. As inclinações do direito estrangeiro, apesar de não serem cogentes no Brasil, indicam a existência de uma boa razão para se preocupar com o tema cá também.

⁹⁴ Narrando o precedente, inclusive criticando sua argumentação, ver Fidalgo Gallardo, 2003:187.

⁹⁵ Kamisar *et al.*, 2002:522 *et seq.* Todavia, em *Moran vs. Burbine* (1986), entendeu-se que se o interrogado não pedir para ser assistido por um defensor, seus familiares providenciarem um defensor, e este informar à Polícia por telefone que deseja acompanhar o interrogatório, não há ilicitude em a Polícia realizar (ou continuar) com o interrogatório sem a presença do defensor que ainda não chegou (criticando esse entendimento, ver Kamisar *et al.*, 2002:545-547).

Várias disposições constitucionais garantem a participação do advogado na fase das investigações. O art. 5º, LXIII, da CRFB/1988 estabelece o direito do preso de ter a assistência de advogado durante sua prisão. A expressão “[é] assegurada a assistência da família e de advogado” ao preso deve ser interpretada como uma obrigação de assistência pelo advogado no interrogatório do investigado preso, já que todos os investigados em geral já têm a facultatividade de serem assistidos por advogados, por derivação da própria ampla defesa. O inciso LV assegura o contraditório e a ampla defesa aos “acusados em geral”, dando a entender que se deve dar uma interpretação ampla ao conceito de acusado, para o efeito de recondução da garantia constitucional, de forma a também englobar as pessoas que possuem algum interesse concreto ou podem ser afetadas por determinada decisão. Ademais, o art. 7º, § 4º, do EOAB (Lei n. 8.906/1994) estabelece que todas as Delegacias de Polícia e fóruns devem obrigatoriamente ter uma sala para o uso da OAB, indicando que deve haver uma presença de advogados nesses locais. A conjugação desses dispositivos deveria levar à conclusão de que interrogatório na fase das investigações sempre deveria contar com a participação obrigatória do defensor⁹⁶.

Ademais, a disciplina do interrogatório é feita por remissão ao interrogatório judicial. Até 2003, mesmo o interrogatório judicial era feito sem a assistência obrigatória de defensor, o qual nem tinha o direito (expressamente reconhecido) de formular perguntas, o que foi devidamente corrigido com o advento da Lei n. 10.792/2003. Assim, toda a doutrina anterior que concluía quanto à desnecessidade de participação de defensor no interrogatório policial deveria ser relida à luz da nova diretriz de participação obrigatória do defensor no interrogatório. Após tal lei, a jurisprudência nacional deveria ser se inclinado para reconhecer que a disciplina do interrogatório investigativo também deveria seguir a regra do interrogatório judicial, ou seja, é obrigatória a presença de advogado, o defensor tem direito à prévia vista dos autos, ele tem direito à entrevista prévia e reservada com o seu cliente e antes do interrogatório deve haver comunicação da síntese dos fatos investigados contra o suspeito e das informações investigativas que dão respaldo a tais conclusões (informação da situação de indiciado)⁹⁷.

⁹⁶ Nesse sentido: Lopes Jr., 2003:338; Haddad, 2000:133; Tucci, 2004:349-360. Indicando a conveniência político-criminal da presença do advogado no interrogatório policial: R.S.M. Cruz, 2002:119.

⁹⁷ Lopes Jr., 2003:341. Sobre o dever de esclarecimento prévio como uma garantia para a preservação da liberdade de declaração, distinguindo ainda entre engano proibido e astúcia permitida, ver M.C. Andrade, 1992:235-237. Cremos até que seria admissível uma mitigação desse direito de prévia ciência em situações excepcionalíssimas em que o conhecimento das informações investigativas inviabilizasse o sucesso de outros atos de investigação

Todavia, no Brasil, o STF e STJ possuem vários precedentes reconhecendo a desnecessidade de participação do advogado na fase das investigações, especialmente para a lavratura do auto de prisão em flagrante⁹⁸. A doutrina não tem avançado muito no tema⁹⁹. Esse entendimento necessita ser revisto à luz das diretrizes constitucionais e da própria reforma legislativa de 2003¹⁰⁰. Ademais, uma análise acurada sobre o direito comparado fornece uma boa razão argumentativa nesse sentido, ao se concluir que a presença obrigatória do advogado na fase das investigações, especialmente para o interrogatório do investigado preso, é uma tendência internacional.

A participação obrigatória do advogado no interrogatório na fase das investigações possui assim uma dupla finalidade: já assegura a preservação de alguns interesses da defesa nessa fase e atua como um agente de fiscalização contra eventuais desvios praticados durante o interrogatório¹⁰¹. Trata-se, portanto, de uma importante garantia de controle externo da

(hipótese de necessário sigilo das investigações); mas nessa situação, o próprio interrogatório deveria ser postergado, pois não seria legal interrogar sem dar conhecimento ao interrogado das informações investigativas que existem contra si. Sobre a relevância do direito de vista dos autos pelo defensor na fase investigativa, v. Roxin, 2007:154.

⁹⁸ Nesse sentido, conferir precedente do STF anterior à referida Lei n. 10.792/2003: “A ausência de Advogado no interrogatório judicial do acusado não infirma a validade jurídica desse ato processual. O interrogatório judicial - que constitui ato pessoal do magistrado processante - não está sujeito ao princípio do contraditório. Precedente: HC 68.929-9, rel. Min. Celso de Mello. - A investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que e somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. Precedente: RE 136.239-1, rel. Min. Celso de Mello”. STF, HC 69372, rel. Min. Celso de Mello, 12ª T., j. 22 set. 1992, DJ 7 maio 1993, p. 8328. Mesmo após a vigência da lei, o STF entendeu que os interrogatórios anteriores não seriam anulados pela ausência do advogado: STF, RHC 106721, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., j. 12 abr. 2011, DJe-90 13 maio 2011; STF, HC 102732, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 4 mar. 2010, DJe-081 de 6 maio 2010, RTJ 216:436.

⁹⁹ Entendendo que se aplicam ao interrogatório policial todas as regras do interrogatório judicial, menos a participação obrigatória do advogado e a possibilidade deste fazer perguntas, ver Nucci, 2008:93, ao argumento de que o investigado seria mero “objeto da investigação”. A posição mais tradicional é refratária até mesmo à possibilidade de o defensor, que comparece espontaneamente, formular perguntas ao interrogado: Tourinho Filho, 2010(v.1):297; Duclerc, 2009:103. Ou de entrevistar-se com seu cliente antes do interrogatório policial: M.P. Lima, 2008(v.1):137; Tourinho Filho, 2010(v.3):311. Criticando genericamente a tendência de se temperar a inquisitividade do IP com eventual contraditório, ver Tourinho Filho, 2010(v.1):252-260. Um segmento mais moderno tem criticado essa posição mais tradicional de ausência de participação do defensor nas investigações; ver Choukr, 2009b:74-77; Gomes Filho, 1997:150; Lopes Jr., 2003:338; Tucci, 2004:349-361; Santin, 2007:179-182.

¹⁰⁰ Nesse sentido, em posição minoritária na doutrina (mas coerente), entendendo que a ausência de assistência do advogado no auto de prisão em flagrante deveria ensejar sua nulidade: Santin, 2007:178.

¹⁰¹ Se o interrogatório é perspectivado como (primariamente) um meio de defesa, a participação obrigatória do defensor permitirá que o investigado exerça de força adequada esse seu direito. Entre os possíveis interesses da defesa que participação do advogado permitirá assegurar estão: “aconselhar o interrogado sobre a maneira de se

atividade policial. Essa participação obrigatória do advogado na fase investigativa foi parcialmente introduzida no sistema brasileiro, com a previsão de participação obrigatória do defensor em todos os atos de negociação para o acordo de colaboração premiada em casos de crimes praticados por organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013, art. 5º, § 15). A assistência obrigatória deveria ser estendida às demais formas de interrogatório.

Em sua intervenção no interrogatório, deve-se superar o entendimento tradicional que transforma o advogado em mera “figura de decoração”, não havendo razão para se obstar a possibilidade de o advogado formular perguntas ao seu cliente investigado (de forma a maximizar sua oportunidade de defesa antecipada) e das demais testemunhas no auto de prisão em flagrante, bem como em verificar a fidelidade das transcrições, fiscalizar a efetiva instrução ao interrogado de seu direito constitucional ao silêncio e da inexistência de qualquer espécie de constrição física ou moral à confissão, bem como a possibilidade de formular reclamações durante o ato e ter essas reclamações constantes na ata (nos termos do art. 7º, XI, da Lei n. 8.906/1994) e especialmente o direito de entrevistar-se previamente com seu cliente que estiver preso antes do interrogatório, já que o art. 7º, III, da Lei n. 8.906/1994 prevê essa prerrogativa profissional e não limita seu exercício ao momento posterior ao interrogatório¹⁰².

No projeto de reforma do CPP brasileiro, consta a regra de que o interrogatório de investigado preso em flagrante será realizado na presença de seu defensor, salvo se o interrogado concordar em prestar depoimento em sua ausência (PLS 156/2009, art. 63, § 1º).

4.3.5 A conveniência político-criminal da gravação do interrogatório do investigado (especialmente o preso)

Afora as hipóteses em que o interrogatório de investigado preso deveria se realizar perante o juiz das garantias, ainda resta a hipótese residual de realização de interrogatório realizado momentos antes, durante a lavratura do APF, ou ainda de outros eventuais interrogatórios posteriores do investigado preso (o reinterrogatório, ou caso não seja possível

exprimir, de se dirigir ao interrogador, e de formular suas respostas, realizar a releitura atenta da ata do interrogatório e solicitar retificações, realizar pedidos de investigações, sem falar do apoio moral, especialmente quando seu cliente está preso; ele velará pelos direitos de seu cliente e formulará os pedidos de liberdade, recorrendo, quando for o caso”; Guinchard e Buisson, 2009:251.

¹⁰² Segundo Hünerfeld, 1985:130, ao direito de presença do defensor aos atos na fase investigativa, deve corresponder um direito à formulação de perguntas.

realizar imediatamente o interrogatório no momento da lavratura do APF, v.g., pelo estado de saúde do autuado).

Uma das melhores técnicas de se evitar a prática de arbitrariedades no interrogatório, enquanto não se corrige a estruturação da fase investigativa no Brasil, bem como se documentar a lisura das informações obtidas é estabelecer-se a obrigatoriedade de gravação audiovisual de todos os interrogatórios feitos pela autoridade policial¹⁰³. A gravação possui um triplo efeito benéfico: (i) prevenção de brutalidades; (ii) proteção de higidez do interrogatório contra alegações espúrias de tortura; (iii) preservação da fidelidade das informações prestadas contra inexactidões da redução a termo. Assim, sempre que se alegasse que um investigado (especialmente no caso de preso) foi torturado ou indevidamente pressionado para prestar as informações, a exibição da gravação iria dissipar tal arguição indevida. Da mesma forma, o simples fato de ser sempre obrigatória a gravação do interrogatório iria desencorajar o inquiridor a praticar atos de brutalidade. Finalmente, considerando que a Polícia investiga para o Ministério Público acusar, a gravação ainda acrescenta o efeito benéfico de permitir que o titular da ação penal tenha um contato mais próximo com a informação investigativa, maximizando o poder de convencimento desse ato¹⁰⁴.

A gravação dos atos processuais na fase judicial está expressamente prevista no art. 405, § 1º, do CPP, introduzido pela Lei n. 11.719/2008. Esse artigo prevê que a gravação deve ser feita sempre que possível, para se assegurar maior fidedignidade das informações. Essas são regras procedimentais genéricas que também se aplicam por analogia à fase das investigações criminais. Ou seja, há uma regra legal de que sempre que possível os atos investigativos deverão ser gravados, como uma verdadeira garantia de fidedignidade do ato (uma garantia de aplicação não obrigatória, mas com um mandamento legal de maximização).

A gravação do interrogatório pode colocar em causa a colisão de outros direitos fundamentais do investigado e que necessitam, sendo recomendável, portanto, o estabelecimento de algumas balizas. Uma primeira questão que se coloca é a necessidade ou não de consentimento do investigado para que o seu interrogatório seja gravado. No caso de não

¹⁰³ Também nesse sentido: Choukr, 2009b:57; Haddad, 2000:133; S.R. Souza e W. Silva, 2010:51.

¹⁰⁴ Já recomendando a gravação ou estenotipia do interrogatório como forma de assegurar mais credibilidade da prova, ver Tornaghi, 1990:374.

concordância do investigado na gravação de sua imagem, ainda assim ela poderia ser utilizado? Há justa causa para a gravação do interrogatório, derivada de imperativo legal, destinada a documentar um ato investigativo e assegurar-lhe maior fidelidade, inclusive para ser uma garantia contra arbitrariedades, pelo que é admissível a sua realização mesmo sem o consentimento do réu, especialmente porque se o réu não deseja que seu interrogatório seja gravado, poderá simplesmente negar-se a responder às perguntas. O essencial para a preservação do direito à imagem é que a gravação não seja sob-reptícia, que o interrogado seja expressamente informado de que seu interrogatório está sendo gravado. A utilização das imagens do interrogado deve ser coberta pelo sigilo decorrente do direito à imagem, tendo função estritamente endoprocessual, de sorte que não podem ser devassadas à imprensa, situação que configuraria violação de sigilo funcional. Obviamente, esse sigilo não alcança os demais intervenientes processuais, podendo o Ministério Público, a Defesa do interrogado, o assistente da acusação e eventualmente a Defesa de outro co-réu (na hipótese de delação) ter acesso ao conteúdo das gravações, mantendo-se o dever de continuarem a preservar o sigilo. Para tanto, é conveniente que as cópias entregues a tais intervenientes sejam devidamente identificadas com uma tarja na gravação, de sorte a se permitir, no caso de eventual quebra de sigilo, esclarecer qual cópia indevidamente vazou.

Na França, uma Lei de 5 de maio de 2007 alterou os art. 64-1 e art. 116-1 do CPP francês para estabelecer a obrigatoriedade de realização de gravação audiovisual para todos os interrogatórios realizados em estabelecimentos de Polícia Judiciária quando o interrogado está preso, bem como para os interrogatórios em geral perante o juiz de instrução. A finalidade da gravação é evitar contestações sobre a lisura do interrogatório do preso (finalidade de administração da prova)¹⁰⁵ e estabelecer uma garantia adicional de proteção ao detido (finalidade de garantia do preso)¹⁰⁶. A regra não é aplicável aos interrogatórios realizados fora das dependências policiais, de investigações de delitos (infrações penais menos graves), nem para os casos de crimes especialmente graves, salvo se houver uma ordem específica do procurador da República (art. 706-73 do CPP francês), ou seja, limita-se ao crimes (infrações de gravidade mediana e elevada). Todavia, se a infração penal está fora da regra de gravação obrigatória, é possível que o procurador da República ainda assim determine a sua realização (art. 64-1.7 do CPP francês). A utilização dessa gravação apenas é possível para a impugnação do conteúdo de

¹⁰⁵ Bouloc, 2010:408.

¹⁰⁶ Guinchard e Buisson, 2009:542.

uma declaração que consta da ata do interrogatório, mediante requerimento do Ministério Público ou de uma das partes. A difusão indevida da gravação do interrogatório é punida com pena de um ano e multa. No caso de o número de pessoas a ser interrogadas inviabilize a gravação do interrogatório de todas elas, tal fato deve ser comunicado ao Ministério Público para que decida por escrito nos autos quais pessoas poderão ter a gravação de seu interrogatório dispensada (art. 64-1.5). Se houver impossibilidade técnica de realização da gravação, tal deve ser documentado na ata com imediata comunicação ao Ministério Público.

Na Itália, há uma garantia semelhante no art. 141-bis do seu CPP, que estabelece que o interrogatório de pessoa presa deva necessariamente ser integralmente documentado mediante gravação fonográfica ou audiovisual¹⁰⁷. Na Alemanha, há previsão tão somente da possibilidade de realização de gravação de depoimentos em geral, no caso de vítimas menores de 18 anos ou se houver receio de não poder ouvir a vítima durante o julgamento (StPO, § 58a, com regras específicas sobre a restrição de divulgação das imagens sem consentimento da testemunha). Em sentido semelhante na Inglaterra é o art. 60 do PACE 1984, que estabelece a obrigação de gravação auditiva ou audiovisual do interrogatório de pessoa presa com posterior transcrição pela Polícia, inclusive com a obrigação de edição de um código de prática para disciplinar esse procedimento (que é o Código E do PACE)¹⁰⁸.

Outra questão a ser regulamentada é por quanto tempo as imagens podem ficar armazenadas. Cremos que a questão deve ser regulamentada pela Corregedoria de Justiça (em relação aos depoimentos judiciais), reproduzindo-se a regra no âmbito da atuação policial. Há regulamentação na França em situação semelhante, admitindo a manutenção da gravação audiovisual do depoimento de testemunha menor por um período de até cinco anos após a extinção da ação penal (art. 706-52 do CPP francês). Cremos que semelhante regra pode ser adotada no Brasil.

¹⁰⁷ Argumentando que essa garantia do art. 141-bis do CPP italiano apenas se aplica ao interrogatório propriamente dito (feito pelo Ministério Público ou delegado especificamente à Polícia) e não à entrevista informal (*sommario informazioni*) do investigado feita pela Polícia: D'Ambrosio e Vigna, 2003:235 e Itália, Corte Constitucional, n. 476, 22 dez. 1992. Todavia, como relembra Lupária, 2009:202, no sistema italiano se o investigado está preso a Polícia apenas pode colher informações superficiais numa entrevista informal, que não é formalmente documentada no inquérito, e portanto por isso não necessita da referida garantia.

¹⁰⁸ Cuadrado Salinas, 2010:266.

Parece-nos perfeitamente possível que o Ministério Público expeça uma recomendação à Polícia Civil indicando quais espécies de interrogatórios (de quais crimes, em quais circunstâncias) merecem ser sempre gravados, de forma a assegurar a aplicação do art. 405, § 1º, do CPP à fase investigativa, bem como assegurar uma adequada prevenção de arbitrariedades. Enquanto ainda se trabalha com o paradigma do interrogatório policial de presos (e não a obrigatoriedade de interrogatório judicial nesses casos), o Ministério Público deveria recomendar que todos os interrogatórios policiais de presos fossem sempre objeto de gravação audiovisual, juntando-se nos autos a respectiva mídia.

4.3.6 Outras garantias procedimentais de controle

As regras antes referidas sobre a notificação policial aplicam-se, no que cabível, ao interrogatório: o ato deve ser realizado sempre no bojo de um IP previamente instaurado (e não em sindicâncias preliminares), mediante ordem expressa do delegado de polícia.

Dentro da instituição policial, o interrogatório policial é sempre um ato privativo do delegado de polícia. Aqui há uma necessidade clara de se estabelecer uma autoridade especialmente qualificada para a realização do interrogatório policial. Essa obrigatoriedade pode ser derivada da CRFB/1988, art. 144, § 4º (a atividade da polícia civil é dirigida por delegados de polícia) e do CPP, art. 4º, *caput* (a Polícia Judiciária é exercida pelas autoridades policiais, entendendo-se tradicionalmente como tais os Delegados de Polícia). Caso a investigação seja conduzida por outro órgão investigativo, o interrogatório deverá ser realizado pela mesma autoridade com atribuições para conduzir as investigações, e não por subalternos.

Outra garantia intermediária pode ser vista na presença obrigatória de outras pessoas para a realização do interrogatório. Por exemplo, a participação obrigatória do escrivão de polícia no interrogatório, juntamente com o delegado de polícia, já é um indício (ainda que fraco), da necessidade de uma testemunha da realização do ato do interrogatório¹⁰⁹. O CPP, art.

¹⁰⁹ Indicando que o escrivão é uma testemunha do ato praticado: Florian, 1982:350; Malatesta, 1995:110. Na Espanha, ver Martín Ancín e Álvarez Rodríguez, 2007:271, indicando que existe um paralelismo do interrogatório policial com o interrogatório feito pelo juiz de instrução, no qual a LECrim exige a presença do juiz instrutor e do secretário, devendo haver no interrogatório policial a presença de um membro da Polícia Judicial de categoria superior e outro de categoria inferior.

6º, V, prevê a participação de duas testemunhas de leitura (não da realização do interrogatório)¹¹⁰. Essas testemunhas são claramente insuficientes para assegurar uma proteção devida ao ato de interrogatório policial, pois elas não são testemunhas da forma como o interrogatório foi conduzido, nem mesmo de que as informações constantes do termo foram efetivamente proferidas pelo interrogado, apenas de que, ao final do ato, a autoridade policial leu para o interrogado o que consta do termo. E não raro tais testemunhas integram os quadros da própria Polícia.

A jurisprudência já consagrou que o interrogatório deve ser precedido da advertência expressa de que o interrogado possui o direito de permanecer em silêncio, devendo constar do termo a devida advertência, sob pena de presumir-se que não houve a advertência, com a consequente configuração de uma prova ilícita¹¹¹. Mesmo que ele seja ouvido como testemunha, se já existe uma suspeita razoável de seu envolvimento no fato, deveria haver uma advertência ao direito ao silêncio em relação às perguntas que possivelmente venham a incriminar a própria “testemunha”¹¹². Todavia, infelizmente pouco se avançou sobre a obrigatoriedade de o interrogado ser previamente informado de que tem direito à assistência de um advogado na fase das investigações e das consequências necessárias que deveriam advir de o réu informar que deseja ter a assistência de seu advogado, qual seja, a impossibilidade de realização do interrogatório sem o advogado¹¹³.

Interrogatórios longos são uma forma dissimulada de quebrar a resistência do interrogado. Assim, a existência de uma regra administrativa que estabeleça um limite temporal máximo para o interrogatório, com regras obrigatórias de intervalos, sendo obrigatória a

¹¹⁰ Tourinho Filho, 2010(v.1):299. Recomendando que essas duas testemunhas deveriam participar da realização do interrogatório, para poderem certificar a lisura de eventual confissão, ver Mossin, 1998:199.

¹¹¹ Ver, entre tantos: STF, 1ª T., HC 80949, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30 out. 2001, DJ 14 dez. 2001, p. 26.

¹¹² Nesse sentido, reconhecendo que a testemunha possui direito ao silêncio se a pergunta a colocar na posição de investigada, ver entre outros: STF, 1ª T., RHC 107762, rel. Min. Luiz Fux, j. 18 out. 2011, DJe-210 3 nov. 2011. Todavia, os precedentes do STF não avançam sobre a situação de haver uma dúvida se a pessoa é apenas testemunha ou investigada, e quanto à obrigatoriedade de advertência do direito ao silêncio à testemunha. Cremos que sempre que a pergunta for realizada com a finalidade de esclarecer o envolvimento direto do inquirido no evento, essa será materialmente uma pergunta de interrogatório, a qual deveria ser precedida da advertência do direito ao silêncio. Mas a consequente sanção de ilicitude probatória deveria estar vinculada às possíveis exceções das provas ilícitas (CPP, art. 157, § 1º).

¹¹³ Sobre a necessidade dessa advertência específica: Tucci, 2004:349-350. Sobre a impossibilidade de realização ou de continuidade do interrogatório se o investigado informa que deseja ter prévio conselho com advogado, ver o precedente já referido: EUA, Corte Suprema, *Edwards vs. Arizona* (1981); comentários em Kamisar *et al.*, 2002:522.

documentação do horário de início e término da diligência, evitando-se a ocorrência de interrogatórios extremamente longos, bem como que obrigue a documentação de todos os momentos em que foi realizado um interrogatório com um preso, evitando-se os interrogatórios repetidos (com a finalidade de exaurir a capacidade de resistência do interrogado), são garantias relevantes contra esse desvio¹¹⁴.

Quando o interrogado preso em flagrante afirmar que está demasiadamente cansado para ser imediatamente interrogado, tal circunstância deve ser consignada no APF, permitindo-se ao interrogado prestar novas declarações quando estiver em condições, devendo tal novo interrogatório ser remetido ao juiz e Ministério Público em complementação às informações anteriores do APF.

Alguns países têm dado à ata do interrogatório da pessoa presa uma função de documentação das diligências relevantes ocorridas durante a detenção, para controle da regularidade do ato. Assim, por exemplo, na França, ao final da diligência de *garde à vue*, deve ser elaborado um relatório mencionando os motivos que justificaram a detenção, a duração do interrogatório e dos intervalos concedidos durante sua realização, o dia e a hora da detenção e da liberação, se foi feita ou não comunicação da prisão a parentes, se ocorreu revista pessoal integral ou parcial, ou intervenções corporais, se o detido solicitou entrevista com advogado e o destino dado a essa solicitação. Essas informações também devem ser documentadas num livro de registros especial existente em todo estabelecimento policial que realize detenções (art. 64.II do CPP francês), bem como também devem constar da ata do interrogatório de pessoa detida, para o controle da regularidade desse ato¹¹⁵. No caso de interrogatório de investigado preso, o inquiridor deveria obrigatoriamente indagar ao interrogando se houve alguma agressão indevida durante sua prisão ou condução.

Finalmente, deve-se refletir seriamente sobre a necessidade de fazer constar no ato de interrogatório as perguntas formuladas e as respectivas respostas. Essa metodologia não

¹¹⁴ Nesse sentido estabelece expressamente na Espanha o art. 393 da LECrim; sobre a necessidade de documentar o horário de realização da prisão, de realização do interrogatório, a duração do interrogatório, os eventuais intervalos e os momentos concedidos ao interrogado para se alimentar, ver regra do art. 64.1 do CPP francês. Ver idêntica recomendação em Lassa, 2001:108.

¹¹⁵ Decocq *et al.*, 1998:714, indicam que a documentação dessas informações ocorrerá preferencialmente na ata do interrogatório da pessoa submetida à *garde à vue*, o qual deve ser imediatamente encaminhado ao Ministério Público para controle.

está expressamente prevista no CPP, apenas do art. 300 do CPPM, para os crimes militares. Essa regra de fazer constar obrigatoriamente perguntas e respostas no interrogatório, especialmente no caso de ser realizado no ambiente policial, é prevista no ordenamento jurídico de diversos países, sendo perspectivada como uma verdadeira garantia do interrogatório, destinada a esclarecer se as informações foram espontâneas ou motivadas, se a pergunta eventualmente induziu à resposta e a fidelidade da resposta dada, numa garantia de autenticidade e contra eventuais induções ou coações arbitrárias¹¹⁶.

4.3.7 *Necessidade de rever as “técnicas” de interrogatório à luz dos valores do Estado de Direito*

Há uma série de indicações de técnicas ou métodos de interrogatório que devem ser revistas à luz dos princípios do Estado de Direito. Se finalidade principal do interrogatório é dar ao investigado a possibilidade de exercer sua defesa, seja colaborando para sanar um equívoco na investigação, seja confessando para receber a respectiva atenuante, portanto, o interrogatório não deveria ir além de ser um espaço de concessão dessa oportunidade para o investigado exercer seu direito de manifestar-se de acordo com suas conveniências. Portanto, as “técnicas motivacionais” para favorecer a confissão do investigado devem ser a princípio vistas com desconfiança quanto à sua legitimidade à luz dos princípios democráticos e da própria essência do interrogatório e da necessidade de se preservar a liberdade do percurso motivacional do *animus confitendi*¹¹⁷.

Infelizmente, essas técnicas tendem a florescer no âmbito do interrogatório policial e não no interrogatório judicial, fruto da própria racionalidade policial de respostas imediatas ante demandas securitárias, motivo pelo qual, como visto acima, muitos países estão excluindo o interrogatório da esfera policial.

Veja-se, por exemplo, curiosa indicação de técnicas de interrogatório constante de obra espanhola endereçada à investigação policial (que naquele país não é a regra geral em

¹¹⁶ A regra está prevista no art. 357.2.b e .3 c/c art. 373.1.b e .2 do CPP italiano; no art. 401 da LECrim espanhola, no art. 103 do CPP francês. Sobre a relevância desse método para contextualizar as respostas e assegurar a lisura da informação, ver Decocq *et al.*, 1998:713. Recomendando que se constem a pergunta e resposta: Tornaghi, 1990:374.

¹¹⁷ Lupária, 2006:99.

termos legais, pois vige o sistema de juizado de instrução). Vejamos algumas das técnicas sugeridas e as respectivas críticas à luz dos valores do Estado de Direito¹¹⁸:

Não deve existir relógio de parede (nem o interrogado deve ter relógio); o andar do tempo é um apoio muito grande para o detido; tampouco deve o interrogador abusar de consultar seu próprio relógio de pulseira (o interrogado percebe inteligentemente a pressão ou pressa do interrogador).

Não há amparo legal para retirar o relógio de uma pessoa detida. Induzir o interrogado a uma sensação de excesso de tempo subjetivo ainda que objetivamente não se tenha passado tanto tempo, constitui uma forma sutil de ainda estar tratando o investigado como um mero objeto de informações, procurando quebrantar psicologicamente sua capacidade de resistência.

O interrogador deve estar de costas para onde penetra a luz natural (se é de dia). Se há luz artificial na sala, ela deve recair para trás do interrogador e mais sobre o interrogado (mas sem ofuscá-lo).

O que significa interrogador na penumbra e o interrogado com o foco da luz? O interrogador transforma-se psicologicamente numa fonte de incertezas, num objeto de temor, com a finalidade de reduzir a capacidade de resistência às perguntas.

O mobiliário deve ser simples e sóbrio. A cadeira do interrogado deve ser sem apoio para os braços, inclusive sem encosto.

Ou seja, deve-se colocar o interrogado numa posição bem incômoda por vários minutos, a fim de que ele se canse de negar os fatos e possa confessar para acabar logo com a aflição emocional do interrogatório.

Os meios técnicos de gravação, se interessar, deve estar ocultos, pois sua ostentação retrai o interrogado.

Essa recomendação aparentemente conflita com a transparência que deve guiar o interrogatório e com o direito à imagem do investigado, já que, apesar de ser extremamente recomendável que o interrogatório seja gravado (para assegurar a fidedignidade do depoimento e como instrumento de prevenção e tratamentos impróprios), o mínimo que se espera de uma

¹¹⁸ As citações seguintes constam em: Martín Ancín e Álvarez Rodriguez, 2007:289. Elas representam o tanto que a técnica policial se afasta dos ideais do Estado de Direito e o quanto que não se preocupar com elas, ao argumento de que são questões técnicas e não jurídicas, cria a situação paradoxal de haver violações sistemáticas de direitos

gravação é que a pessoa seja informada de que o ato está sendo gravado. Essa recomendação espúria também pode camuflar que alguma informação que o detido preste de forma informal à Polícia, aparentemente fora de um interrogatório formal, (como conversas informais durante uma pausa) seja gravadas de forma sob-reptícia e desleal.

O advogado deve estar sentado por detrás do interrogado.

Talvez a “boa intenção” da recomendação seria evitar que o advogado fizesse sinais ao interrogado. Todavia, em termos práticos ela se apresenta como mais uma técnica de desestabilização emocional do interrogado preso, para que ele se sinta sozinho (ainda que acompanhado) e, portanto, que tal enfraqueça sua capacidade de resistência. Curiosamente, ninguém ousa recomendar que em uma audiência judicial o advogado não se sente ao lado de seu cliente.

O interrogado deve sentar-se de frente ao interrogador, mas não muito próximo da mesa que lhe permita apoiar-se sobre ela. O interrogador deve estar sentado mais alto que o interrogado (janela psicológica).

Novamente a indicação dos verdadeiros motores das “técnicas” de interrogatório: favorecer a tal “janela psicológica”, ou seja, uma situação de tensão psicológica que favoreça “arrancar” a confissão¹¹⁹.

Quanto ao momento do interrogatório deve ser o quanto antes possível, especialmente em relação a pessoas inteligentes, com experiência no crime, frias e reflexivas, para não dar-lhes tempo para que possam ‘criar’ ou ‘fabricar’ seu próprio álibi. Ao contrário, se o interrogador acredita que o interrogado já possui um álibi porque esperava a horas antes da detenção ou se entregou, ou ainda se ele teve um conselho de advogado, deverá adiar ao máximo possível o interrogatório e tratar de ‘distrair o suspeito’ para que ele se esqueça do ‘fio’ de sua versão de álibi ou do assessoramento que recebeu do advogado. Mas isso dependerá do tempo disponível.

fundamentais no âmbito policial, numa verdadeira síndrome de dupla personalidade da *Themis Criminal*: uma inquisitiva na Polícia e outra garantista no fórum.

¹¹⁹ Curiosamente encontramos em um manual de técnicas de interrogatório (Layton, 2011) a seguinte asserção: “Extraí uma confissão de alguém não é tarefa simples, e o fato de que os investigadores às vezes acabam arrancando confissões de inocentes é prova de sua perícia com técnicas de manipulação psicológica”. E continua tal manual com sua recomendação: “A manipulação psicológica começa antes mesmo de o interrogador abrir a boca. O arranjo físico da sala de interrogatório é projetado para maximizar o desconforto e sensação de impotência do suspeito a partir do momento em que a pessoa entra ali. O clássico manual de “Interrogatório e Confissões Criminais” de Reid recomenda a utilização de uma sala pequena, com isolamento acústico e apenas três cadeiras (duas para os investigadores e uma para o suspeito), uma mesa e nada nas paredes. Isso cria um senso de exposição, estranheza e isolamento que aumenta a sensação de “tirem-me daqui” experimentada pelo suspeito durante o interrogatório.

Verifica-se novamente que o objetivo central das técnicas é quebrar a capacidade de resistência e não oferecer uma oportunidade de dar sua versão dos fatos.

As clássicas “técnicas de Reid” para interrogatório, amplamente difundidas em círculos policiais, defendem abertamente critérios restritivos de direitos fundamentais para extrair a qualquer custo uma confissão¹²⁰. Essas técnicas pregam, por exemplo, que o inquiridor deve afirmar que as provas indicam claramente que o interrogado é o culpado, ainda que isso não seja verdade (uma violação do dever de lealdade processual, o qual pressupõe indevidamente que o interrogado não pode ter acesso às informações constantes do IP e o induz a erro sobre as premissas que motivam sua declaração), recomenda perguntas indutivas (do tipo: “já sabemos que você cometeu o crime, apenas precisamos esclarecer esse ou aquele detalhe” ou “já praticou esse tipo de crime outras vezes ou é a primeira vez?”), fomentar possíveis desculpas sem relevância jurídica para o interrogado ter praticado o crime (“sabemos que você não foi o culpado de ter planejado o crime; quem organizou o crime foi o Fulano, não é verdade?”), técnicas de persuasão que acabam fazendo que o inquiridor fale mais que o inquirido para que este se sinta na posição desconfortável de apresentar negativas, ou ainda promessas de leniência indevidas. Segundo essas técnicas de Reid, largamente difundidas nos EUA e Canadá, o interrogatório deve ser um longo processo (que pode durar até 4 horas de negação consecutiva até se obter a confissão!) destinadas a quebrar a capacidade de resistência do interrogado para que ele fale a verdade (provavelmente a que o inquiridor deseja ouvir). São claramente uma violação da obrigação de respeito ao investigado, por instrumentalizá-lo enquanto objeto de extração da (suposta) verdade.

Se o investigado tem o direito de permanecer em silêncio e deve ser expressamente advertido desse direito, não é razoável esperar que ele voluntariamente confesse todo o crime, ou seja, não se pode construir a confissão como peça central da investigação. A expectativa policial de que o réu confesse cria uma verdadeira esquizofrenia operacional, pois se espera que o investigador assegure o exercício do direito ao silêncio do investigado, quando em verdade ele deseja fortemente que o investigado não faça uso desse direito, ou seja, o policial

¹²⁰ Para mais informações sobre as técnicas de interrogatório de Reid (muitas delas contrárias aos valores do Estado de Direito), ver: Inbau *et al.*, 2013:185-328 (um manual de extração de confissões cuja primeira edição é de 1956 e está agora em nova edição atualizada). Sobre a atualidade de utilização de tais técnicas, ver ainda comentários

deseja faticamente estimular o investigado confessar. Na expressão de Kamisar: “qual é o dever dos oficiais de polícia? Convencer o investigado a permanecer em silêncio ou convencê-lo a falar? Não se pode esperar que eles cumpram ambas as expectativas”. E conclui: “com certeza uma pessoa que confessa um crime na Delegacia de Polícia precisa de um advogado tanto quanto aquele outro que chega à mesma decisão apenas após sobreviver à perigosa jornada da fase policial”¹²¹. Essas técnicas destinadas a suplantir a resistência a não confessar são uma violação indireta ao privilégio contra a auto-incriminação e à vedação de maus tratos.

De forma especial, devem-se proscrever claramente as técnicas de interrogatório que permitam perguntas capciosas ou sugestivas qualquer forma de coação ou ameaça, as promessas enganosas destinadas a induzir o interrogado (ou mesma o testemunha) a prestar depoimento em determinado sentido¹²², não se podem admitir acusações ou “reconvenções” (refutações das respostas) durante o interrogatório, pois são também uma forma de coação psicológica¹²³. Todavia, entendemos que nada impede que se indague ao investigado sobre possíveis incoerências em suas respostas com outras informações investigativas já recolhidas, pois tal atitude ainda é compatível com a finalidade básica do interrogatório de oferecer uma oportunidade de dar suas explicações e esclarecer possíveis equívocos na investigação. A indução à fadiga, contatos físicos com o preso potencialmente ameaçadores, ou outras ameaças são claramente uma violação da proibição de maus tratos¹²⁴. Em síntese, os

em: <http://www.reid.com/educational_info/canada.html>, acesso em: 13 ago. 2012. Para críticas, ver Kamisar *et al.*, 2002:576-593.

¹²¹ Kamisar *et al.*, 2002:436.

¹²² Cuadrado Salinas, 2010:256, indica exemplos: “confissões obtidas sob a promessa de deixar em liberdade o detido ou que não se realize nenhuma acusação criminal; a que provenha de um interrogatório hostil; a que seja obtida sem que se tenha gravado de forma correta; a objetida sem que se tenha informado ao interrogado previamente de seus direitos”.

¹²³ Na lição de Revilla González, 2000:96, perguntas sugestivas podem realizar-se de várias formas: perguntas disjuntivas, que dão apenas duas hipóteses de resposta (“foi assim ou assado?”), afirmativas por conjectura (“o fato ocorreu da forma tal?”), implicativas por admissão implícita de outros elementos ainda não provados (“qual era a marca do carro que vocês usaram para fugir?”) e perguntas consecutivas a perguntas sugestivas anteriores, que vinculam a confirmação do sugerido. Como formas de coação velada, não se admite a coação para informar ao argumento de que o silêncio importará na decretação de sua prisão preventiva, ou no prolongamento da prisão já efetuada. Como forma de engano, seria inadmissível a informação falsa de que o inquiridor já sabe de tudo e seria inútil ocultar a verdade, quando na verdade o inquiridor não possui informação alguma, ou ainda prometer que ele será colocado em liberdade após confessar, quando na verdade será colocado à disposição judicial, ou prometer outros benefícios que a lei não permite. Documentando, em pesquisa etnográfica, a prática de acusações e perguntas sugestivas pela PCDF, inclusive perguntas em tom ameaçador para testemunhas, ver A.T. Costa, 2010:211.

¹²⁴ Diversos países têm disposições normativas claras nesse sentido. Ver o § 136a da StPO na Alemanha e o art. 126 do CPP português (indicando individualmente os métodos proibidos de prova no interrogatório), e o art. 64.2 do CPP italiano com a previsão genérica de preservação da liberdade de autodeterminação durante o interrogatório.

valores do Estado de Direito condenam quaisquer técnicas de interrogatório tendentes a obrigar o interrogando a confessar ou ainda que o sujeitem a tratamentos susceptíveis de comprometer sua capacidade de decisão ou discernimento.

Infelizmente, muitas dessas práticas ocorrem no Brasil¹²⁵. O problema é grave e demanda uma intervenção rígida de mecanismos de controle. Um controle eficiente dessas técnicas de interrogatório policial apenas é possível com três soluções: ou se transfere definitivamente o interrogatório na fase investigativa para o sistema judicial (não se documentando o interrogatório policial nos autos para efeito de formar o convencimento, utilizando-se suas informações apenas como informações investigativas), ou se estabelece um conjunto de garantias para o interrogatório policial, como a obrigatoriedade de gravação audiovisual de todos os interrogatórios investigativos e a intervenção obrigatória do advogado, como garantias necessárias contra o risco de arbitrariedades.

4.4 Um tema inexplorado no Brasil: a retenção momentânea da liberdade

4.4.1 Diversas modalidades de retenção momentânea da liberdade

Há basicamente quatro espécies de prisão: cível (depositário infiel), criminal definitiva, criminal provisória e administrativa (disciplinar de militar ou para expulsão de estrangeiro)¹²⁶. A prisão criminal provisória poderá ser em flagrante, preventiva ou temporária, sendo que apenas a prisão disciplinar de militar ou a prisão em flagrante podem ser realizadas sem ordem judicial, todas as demais necessitam de ordem judicial.

Ver comentários em Roxin, 2000:214-217. Sobre a impossibilidade de abusar da situação de pessoa detida para comprometer sua capacidade de discernimento e induzi-la à confissão, ver Lassa, 2001:108. Ver ainda o art. 21 do Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão, da ONU.

¹²⁵ Documentando a prática do interrogatório mediante engano no Brasil, especificamente no fato de o policial informar falsamente ao interrogado que seu comparsa já teria confessado o crime, para induzi-lo à confissão: Paixão *et al.*, 1992:81. Documentando a técnica do “bom policial” e do “mau policial” no Brasil: Paixão *et al.*, 1992:82. Na França, Jobard, 2002:52, destaca o problema das falsas promessas: em algumas situações, os policiais realizam promessas (normalmente de impossível cumprimento) de que irão assegurar ao interrogado isenção de responsabilidade por determinados delitos, todavia, após obter a informação desejada, relegam o detido à sua própria sorte. Ver ainda Gomes Filho, 1997:114.

¹²⁶ A qual apenas subsiste se decretada por decisão judicial: STF, 1ª T., RHC 66905, rel. Min. Moreira Alves, j. 4 nov. 1988, DJ 10 fev. 1989, p. 383.

Essas modalidades de prisão estão razoavelmente bem regradas, sendo que a única prisão criminal que pode ser realizada diretamente pela autoridade policial, a prisão em flagrante, é submetida a um sistema de imediata revisão da legalidade pelo juiz, com as críticas que fizemos anteriormente sobre a necessidade de apresentação pessoal do preso ao juiz. Mas em relação ao mérito da prisão, há um sistema de controle posterior pelo juiz e pelo Ministério Público, através da comunicação do auto de prisão em flagrante.

Podemos escalonar em quatro níveis de restrição de liberdade no âmbito da atividade processual penal de investigação criminal:

(i) Retenção policial: constitui uma restrição de liberdade momentânea e normalmente instrumental, destinada a possibilitar a realização de outra diligência policial e em seguida cessar.

(ii) Detenção em flagrante delito: ela se consubstancia numa ordem verbal de “voz de prisão” no momento dos fatos, que já restringe a liberdade do detido, mas que ainda não está documentada; apenas com a lavratura do auto de prisão em flagrante é que a detenção policial se transforma em prisão em flagrante. A diferença da detenção para a retenção é que aquela é um ato pré-ordenado a configurar-se como uma posterior prisão em flagrante, portanto, direcionado a perdurar no tempo; a diferença da detenção para com a prisão é que ela ainda não foi formalizada, é apenas uma ordem verbal seguida da constrição física. Ela tem a finalidade de fazer cessar a prática da infração penal, assegurar a identificação do autor e permitir a lavratura da prisão em flagrante para a posterior apresentação do detido ao juiz¹²⁷.

¹²⁷ A expressão detenção não tem um sentido muito técnico no processo penal brasileiro. A detenção prevista no CP, art. 33, é vista como uma modalidade de prisão-pena, a ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, portanto uma prisão de menor intensidade; mas ela não se confunde com a detenção processual. A detenção processual é utilizada em alguns dispositivos normativos como uma opção alternativa à prisão, indicativa de uma menor intensidade, normalmente determinada por autoridade administrativa. Assim, o art. 9º da DUDH estabelece que “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”. O art. 7.6 da CADH também faz a distinção. O art. 5º, LXVI, da CRFB/1988 estabelece dois níveis de intrusão na liberdade: (i) ser levado à prisão; (ii) nela ser mantido. Também há essa dualidade no art. 136, § 3º, III, da CRFB/1988 (indicando que a prisão ou detenção durante o estado de defesa não poderão ser superiores a 10 dias), e no art. 139, II, da CRFB/1988 (indicando que durante o estado de sítio é admissível a detenção de pessoas em edifícios destinados a pessoas não presas), esse último indicando que a detenção é uma restrição à liberdade não equiparável à prisão tradicional. No CPPM, art. 18, prevê-se a detenção para fins de investigação policial, determinada pelo comandante, por até 30 dias, mediante posterior comunicação ao juiz competente, sendo que o art. 222 reitera que a prisão ou detenção de qualquer pessoa serão comunicadas imediatamente ao juiz, indicando que a detenção é uma ordem de prisão realizada por autoridade administrativa. O art. 236 do Código Eleitoral prevê a distinção entre prisão e detenção, sem esclarecer

(iii) Prisão em flagrante delito: essa é uma restrição de liberdade na qual já há uma formalização da restrição da liberdade (auto de prisão em flagrante e nota de culpa) e que está teleologicamente direcionada a uma continuidade no tempo, mas por sua natureza constitui uma medida pré-cautelares, ou seja, uma antecipação legalmente autorizada de uma restrição de liberdade (que deveria ser judicial), para permitir que uma pessoa seja apresentada ao juiz para este decidir, mediante requerimento do titular da ação penal, sobre a efetiva necessidade de se decretar prisão preventiva (e não simplesmente ratificar a prisão em flagrante). Ela protege efeitos para o passado e o futuro, legitimando a detenção em flagrante delito (feita, v.g., pelos policiais militares) para a apresentação à autoridade de Polícia Civil (delegado de polícia) e projeta-se para o futuro, legitimando a manutenção da prisão em flagrante até o momento em que o juiz decidir decretar a prisão preventiva (ou eventualmente relaxá-la ou conceder liberdade provisória). Tanto que o art. 306, *caput*, do CPP, indica que a prisão em flagrante se realiza quando a pessoa é detida, ainda que seja formalizada posteriormente. Todavia, a prisão em flagrante cessa seus efeitos após a decretação da prisão preventiva, pois a partir desse momento é a decisão judicial que dá legitimidade à restrição da liberdade (e não mais o auto de prisão em flagrante lavrado pela autoridade policial). Sendo a decisão judicial sobre a prisão preventiva uma medida cautelar (em relação à prisão pena, que deveria ser a regra), então a prisão em flagrante delito é uma medida pré-cautelares, ou seja, uma antecipação constitucionalmente autorizada à Polícia para a restrição do direito fundamental de liberdade no caso de flagrante delito, destinada a fazer cessar a prática do crime, apaziguar as expectativas sociais de restabelecimento da ordem, e apresentar o autor de um crime à autoridade judicial para que esta decida, conforme requerimento do titular da ação penal, qual será o destino processual da liberdade do autuado. Portanto, a detenção em flagrante é um instrumento do instrumento (prisão preventiva)¹²⁸.

sua essência. A Lei n. 11.343/2006, art. 48, § 3º, prevê que o usuário de drogas não poderá ser detido caso a autoridade judicial não esteja presente, indicando que se trata de um prolongamento da detenção em flagrante. Provavelmente o dispositivo mais claro sobre a distinção é o art. 18 da LC n. 75/1993, que estabelece que membros do Ministério Público não poderão ser presos ou detidos, senão por ordem do Tribunal ou por flagrante de crime inafiançável, indicando que há uma correlação entre a prisão por ordem judicial e a detenção por flagrante delito. Distinguindo detenção (derivada da voz de prisão) e prisão (decorrente de sua formalização no APF), ver M.M. Barbosa, 2011:108-110. Distinguindo três níveis de restrição de liberdade, a captura, detenção e prisão, ver Brasil, SENASP, 2010:18.

¹²⁸ Qualificando a prisão em flagrante como uma medida pré-cautelares: A.S. Fernandes, 2002:137; Lopes Jr., 2004:214. Argumentando em sentido contrário, ver M.P. Lima, 2008 (v.II):336-342. Na Itália, utiliza-se a expressão *arresto in flagranza* para a limitação curta da liberdade pela Polícia para o Ministério Público apresentar o preso ao juiz, e *custodia cautelare in carcere* para a limitação por prazo mais longo mediante determinação judicial; ver Chiavario, 2009:618. Em Portugal, esse instituto é chamado de “detenção em flagrante

(iv) **Prisão Preventiva:** é a efetiva restrição ao direito fundamental de liberdade de uma pessoa submetida a um processo penal (ainda que na fase investigativa) que deve ser realizada, como regra constitucional, por decisão judicial. É uma medida cautelar, por ser instrumental aos fins do processo, e necessariamente precária e temporalmente limitada (ainda que seja um tempo mais dilatado que as modalidades anteriores de retenção ou detenção).

A liberdade pessoal consiste na faculdade de dirigir-se para onde quer que a pessoa queira e seja lícito, mais especificamente na liberdade de poder se retirar de determinado lugar se a pessoa assim o desejar. Se em alguma diligência a pessoa perguntar ao policial “posso retirar-me desse local” e o policial responda “não pode, sob pena de eu detê-lo coativamente”, há faticamente uma restrição momentânea da liberdade que é juridicamente relevante. O fato de se qualificar a restrição da liberdade de curta duração não de prisão ou detenção, mas de mera retenção, não pode ser um eufemismo para desnaturar a sua essência: trata-se de uma restrição ao direito fundamental de liberdade que deve ter sua regulamentação legal devidamente realizada, para se assegurar os direitos que estão em jogo no caso concreto.

É possível reconhecer um conjunto de diligências que importam em restrições momentâneas da liberdade (retenções policiais) e que não estão devidamente regulamentadas no direito processual brasileiro. O direito brasileiro “faz de conta” que tais restrições momentâneas de liberdade não existem, quando na verdade elas são largamente aplicadas pela Polícia, o que significa criar uma sombra de legalidade sobre tais procedimentos, impedindo a efetiva análise de sua legitimidade concreta sob o eterno argumento de que tal diligência não é propriamente uma prisão (apesar de a pessoa ter sua liberdade restringida). Essas situações colocam em jogo questões como a duração legal da medida, a capacidade de a própria autoridade policial poder deferir ou necessidade de prévia autorização judicial, e da necessidade de documentação e posterior controle das diligências pelo juiz e Ministério Público.

São exemplos de situações de restrição momentânea de liberdade no direito processual penal brasileiro:

delito” (CRP/1976, art. 27.3.a), para deixar claro que a medida é provisória, destinada tão somente a apresentar o preso ao juiz para uma decisão sobre sua prisão preventiva; sobre a distinção entre detenção (policial) e prisão (judicial), ver G.M. Silva, 2008b:259 *et seq.* De forma semelhante, na Espanha, há distinção entre a detenção policial (LECrím, art. 490) e a prisão provisional, sempre judicial (LECrím, art. 502).

(i) Detenção em flagrante delito (que dura de quando uma pessoa recebe a “voz de prisão”, até que se efetue a efetiva lavratura do auto de prisão em flagrante e ela receba a nota de culpa).

(ii) Detenção em flagrante delito pela prática de infração penal de menor potencial ofensivo – IPMPO (Lei n. 9.099/95, art. 69, parágrafo único).

(iii) Retenção da liberdade do suspeito detido em flagrante, mas que prestou fiança ou assumiu o compromisso de comparecer perante o JEC, ou de testemunhas e vítima na situação de flagrante delito, para realização imediata de exame de corpo de delito sobre sua pessoa.

(iv) Retenção da liberdade de pessoa suspeita de embriaguez ao volante para a realização do exame de alcoolemia ainda em via pública, antes da confirmação do estado de embriaguez.

(v) Retenção de várias pessoas suspeitas da prática de um crime, ainda no local dos fatos, para que uma testemunha ou vítima realize *in loco* o seu reconhecimento (ordem de não afastamento momentâneo de local de crime).

(vi) Retenção coletiva das pessoas envolvidas em um fato na cena do crime, para a identificação de quais delas são possíveis testemunhas (ordem de não afastamento momentâneo de local de crime).

(vii) Notificação para comparecimento imediato de testemunhas em situação de flagrante delito (dependente de previsão legal).

(viii) A retenção da liberdade concomitante à realização de uma revista pessoal, no local dos fatos.

(ix) A retenção da liberdade concomitante à realização de um controle de identificação, no local dos fatos.

(x) Retenção da liberdade durante a realização de um ato processual, como depoimento ou interrogatório.

(xi) Condução coercitiva de testemunha ou do investigado.

(xii) A (discutível) retenção da liberdade para acompanhar coativamente como “testemunha do povo” a realização de uma busca domiciliar.

(xiii) A detenção policial preventiva (eventualmente a ser introduzida por emenda constitucional).

Vejamos detidamente a admissibilidade constitucional e legal dessas modalidades de restrição momentânea de liberdade, seguidas das respectivas modalidades de controle.

4.4.2 Admissibilidade constitucional e legal das retenções momentâneas de liberdade no Brasil

Inicialmente cumpre analisar se é constitucional admitir-se forma de retenção momentânea da liberdade, apesar de a Constituição não tê-las expressamente reconhecido. Entendemos que sim, pois apesar de não haver previsão constitucional expressa dessas restrições de liberdade, elas são inerentes ao funcionamento prático do Sistema de Justiça Criminal, não só do Brasil, mas em qualquer lugar do mundo.

Por exemplo, apesar de a Constituição não disciplinar expressamente as revistas pessoais em situações de fundada suspeita, é óbvio que ela as admite, e está implícito que sua realização pressupõe uma retenção momentânea do corpo do abordado, que é o objeto da diligência. Apesar de a Constituição não ter regulamentado as retenções momentâneas de liberdade, há uma evidente colisão de direitos fundamentais entre a efetividade da atividade policial, que representa uma concretização do direito fundamental à segurança pública, e os direitos fundamentais do abordado, especialmente o direito à liberdade pessoal, a não ser tocado nem fisicamente constrangido de forma indevida. As retenções momentâneas de liberdade envolvem algum nível de exigência de intervenção policial urgente cuja dilação frustraria a própria essência da diligência e, por não se protrair no tempo, pode ser legitimamente admitida. Elas se distinguem da prisão, pois não estão preordenadas a se alongarem no tempo, mas são, por essência, temporalmente limitadas. Assim, concluímos que apesar de não haver regramento legal,

essas diligências são constitucionalmente admissíveis, estando implícitas nas restrições superficiais de direitos fundamentais imbricadas no poder geral de polícia.

O que aqui defendemos como restrições momentâneas de liberdade não se confundem com a chamada “prisão para averiguação”, que tem sido reiteradamente repelida pela doutrina nacional como inadmissível à luz do regramento constitucional brasileiro¹²⁹. Nessa “prisão”, uma pessoa é detida e transportada do local dos fatos até uma Delegacia de Polícia, sem que tenha uma situação concreta de indícios de flagrante delito, para esclarecer seu envolvimento nos fatos, permanecendo posteriormente detida até que se conclua a “averiguação”, portanto uma prisão que se prolonga no tempo sem justa causa. Se havia uma suspeita concreta de que aquela pessoa era a autora do crime, em situação de flagrante delito, e posteriormente se verificou que ela não era a verdadeira autora, essa situação não é uma prisão para averiguação, mas uma detenção em flagrante delito que posteriormente não se converteu em prisão em flagrante, pois o Delegado decidiu não lavrar o auto respectivo (conforme previsto no art. 304, § 1º, do CPP, a *contrario sensu*, num verdadeiro relaxamento imediato da prisão pelo delegado de polícia¹³⁰). Nesse último caso, trata-se de uma atuação putativa da autoridade policial, que a exime de responsabilidade, apesar de a situação recomendar cuidados especiais de controle. Por outro lado, a prisão para averiguação é uma prisão claramente ilegal, pois não há suspeita de flagrante delito e a retenção se prolonga ilegalmente. Ela é inadmissível.

Até reconhecemos que há uma lacuna legislativa no Brasil em relação à detenção policial preventiva, ou seja, a detenção policial de uma pessoa, fora da situação de flagrante delito, por necessidade urgente, antevendo-se um requisito da prisão preventiva – indicada no item (xii) supra. Imagine-se a situação: ocorreu um homicídio, seu autor é incerto, tendo uma testemunha presenciado o fato e feito um retrato falado; na semana seguinte ao crime, a testemunha está andando em via pública e reconhece o suspeito do crime, apontando-o para um policial. No sistema atual, o máximo que o policial poderia fazer é abordar o cidadão, realizar uma revista pessoal, pedir sua identificação e, caso ele não esteja portando documento de

¹²⁹ Afirmava Mirabete, 2002:360: “são inconstitucionais, portanto, as chamadas 'prisão correccional', 'prisão para averiguações' e 'prisão cautelar', o que não impede que uma pessoa seja detida por momentos, sem recolhimento ao cárcere, em casos especiais de suspeitas sérias, diante do chamado *poder de polícia*”. Reproduzindo a inadmissibilidade da prisão para averiguação: Capez, 2001:220.; Mazzili, 1991:515. Documentando a prática da prisão para averiguação de identidade no Brasil: Paixão *et al.*, 1992:81.

¹³⁰ Tourinho Filho, 2001:451; M.M. Barbosa, 2011:115.

identidade, deverá o policial se contentar com a mera informação verbal de seu nome e endereço, podendo, quando muito, realizar uma confirmação dessas informações por rádio para verificar a eventual existência de um mandado de prisão contra o abordado. Isso tudo em via pública e por prazo não muito extenso.

Vários outros países admitem modalidades de detenção policial preventiva, com a obrigação de apresentação imediata da pessoa ao juiz para se decidir sobre a necessidade de decretação da prisão preventiva¹³¹. No Brasil não há essa previsão, e a prisão temporária não

¹³¹ Em Portugal, a CRP/1976 prevê expressamente a admissibilidade de uma detenção policial preventiva no art. 27.3.b, estabelecendo que no caso de detenção, o preso deve ser apresentado ao juiz no prazo máximo de 48 horas (art. 28.1). A admissibilidade desta detenção policial não estava prevista no texto constitucional originário, sendo incluída por reforma constitucional através da Lei Constitucional n. 01/1997, sendo que a doutrina portuguesa entendeu que tal inclusão de nova modalidade de restrição de direitos fundamentais é legítima, pois estaria tão somente explicitando uma restrição ao direito à liberdade que já estava implícita no sistema de valores constitucionais (de ponderação entre liberdade individual e possibilidade de restrição em favor da segurança pública em situações excepcionais). Sobre a possibilidade de a reforma constitucional explicitar limites imanescentes, concretizando ponderações de interesses não previstos explicitamente no texto original, ver: Canotilho e Moreira, 1993:1063-4; Miranda, 2003:228. Estabelece o art. 257.2 do CPP português que é admissível a realização de uma detenção por iniciativa policial (sem mandado judicial) fora dos casos de flagrante delito, quando presentes os seguintes requisitos cumulativos: “(a) Se tratar de caso em que é admissível a prisão preventiva; (b) Existirem elementos que tornem fundados o receio de fuga ou de continuação da atividade criminosa; e (c) Não for possível, dada a situação de urgência e de perigo na demora, esperar pela intervenção da autoridade judiciária”. Assim que for realizada a detenção policial preventiva, o Ministério Público deve ser imediatamente comunicado (CPP, art. 257.2 e 259.b) para providenciar sua posterior conversão em prisão preventiva (CPP, art. 194.1). Indicando que um sistema processual que não permite detenções policiais preventivas prejudicaria gravemente a “funcionalidade do sistema penal”, que configuraria uma inconstitucionalidade (especificamente no sistema português) por ignorar a realização do direito à segurança coletiva e da vítima, ver P.P. Albuquerque, 2009:680. Para comentários sobre a detenção preventiva no sistema português, ver ainda comentários em VVAA, 2009:642-648; M.L.M. Gonçalves, 2009:614; V. Ribeiro, 2008:508; G.M. Silva, 2008b:271-274. Há regras semelhantes com o *fermo* na Itália (art. 13.3 da Constituição italiana e art. 384 do CP italiano), a *vorläufigen Festnahme* na Alemanha (StPO, §§ 127-128 e 131), a *detención preventiva* na Espanha (Constituição Espanhola de 1978, art. 17.2 e art. 492.4 da LECrim), e a *garde à vue* na França (art. 62-2.1 do CPP francês). Sobre o tema na Alemanha, ver Roxin, 2000:278; Schlüchter, 1999:73. Na Suíça, em caso de urgência, a própria autoridade policial pode expedir um mandado de captura (novo CPP suíço, art. 210.1), bem como poderá realizar uma detenção provisória (*arrestation provisoire*), devendo comunicar imediatamente o Ministério Público, realizar a oitiva, se o prazo exceder 3 horas deverá haver autorização de uma autoridade policial de grau superior e no prazo de 24 horas a polícia deverá apresentar fisicamente o detido ao Ministério Público (CPP suíço, art. 219). Em algumas oportunidades, o TEDH já se manifestou quanto à admissibilidade de uma detenção policial de curta duração para tais finalidades; ver TEDH, caso *Fox, Campbell e Hartley vs. Reino Unido*, 30 ago. 1990; comentários em Guinchard e Buisson, 2009:522. Na Argentina, não é possível a detenção policial de urgência, mas ela poderá ser decretada pelo Ministério Público, pelo prazo de até 24 horas, seguindo-se a apresentação ao juiz (CPP federal, art. 205). cremos que o sistema constitucional brasileiro poderia admitir uma reforma constitucional para explicitar que é admissível uma detenção policial por razões de prisão preventiva, quando a medida for necessária à eficiência das investigações de um crime excepcionalmente grave e não houver tempo hábil de obtenção de um mandado judicial, para que o detido seja imediatamente apresentado ao Ministério Público para que este providencie também imediatamente a obtenção em juízo de um mandado de prisão preventiva. Nesse caso, haveria uma explicitação de uma restrição de direitos fundamentais já implícita no sistema de valores da Constituição (tal como ocorreu com a reforma constitucional de Portugal; v. Canotilho e Vital Moreira, 1993:1063-4 e Miranda, 2003:228). O grande risco de uma reforma desse tipo seria sobre a maturidade das Polícias no Brasil para receberem um poder dessa magnitude,

supre a lacuna, pois não é possível deter momentaneamente a pessoa suspeita até a decretação da prisão temporária, o que pode durar várias horas até de formalizar o pedido e ele ser devidamente apreciado pelo Sistema de Justiça. Da mesma forma que os demais países possuem regras constitucionais muito semelhantes quanto à limitação da prisão à ordem judicial, mas que admitiram posteriormente a explicitação de restrições por alteração constitucional, parece-nos razoável que se fosse editada uma emenda constitucional explicitando a possibilidade de detenção policial preventiva, seguida da devida regulamentação infraconstitucional das hipóteses excepcionais de cabimento dessa detenção policial preventiva, com regras estritas para o controle imediato da diligência (pelo juiz e pelo Ministério Público), inclusive com penas para o eventual arbítrio, essa diligência seria constitucionalmente admissível. O problema é que a sociedade brasileira não tem confiança suficiente em sua Polícia para lhe outorgar essa prerrogativa, que facilmente poderá se degradingar em atos de arbitrariedade (aliás, mesmo sem poder realizar tal diligência, já há atos de arbitrariedade). Em síntese, hoje não é possível à Polícia realizar uma detenção policial fora de flagrante delito numa situação urgente em que estejam presentes os requisitos da prisão preventiva; todavia, entendemos que essa modalidade de detenção policial poderia ser introduzida no Brasil mediante uma reforma constitucional, por se tratar de uma explicitação de um limite imanente, decorrente da ponderação entre eficiência da persecução penal (direito fundamental à segurança) e o direito à liberdade individual, seguida do devido controle judicial.

Afora essa hipótese de retenção momentânea de liberdade que ainda não é constitucionalmente admissível, as demais hipóteses parecem ser admissíveis. Vejamos.

A detenção em flagrante delito, que dura de quando uma pessoa recebe a “voz de prisão”, até que se efetue a efetiva lavratura do auto de prisão em flagrante e ela receba a nota de culpa. Ela está devidamente regulamentada nos art. 301 *et seq.* do CPP. Poder-se-ia dizer que a detenção em flagrante, na perspectiva tradicional, já é a prisão em flagrante, apenas não documentada. Todavia, convém realizar a distinção, para efeito de análise das consequências da eventual não conversão da detenção fática em prisão em flagrante formalizada (como veremos na

quando elas reiteradamente relutam em submeter-se, *v.g.*, ao controle externo pelo Ministério Público e de prestarem contas de seus atos à sociedade civil. A atribuição de maiores poderes à Polícia pressupõe uma maior maturidade democrática da Polícia e da própria sociedade e essa, infelizmente, ainda está em processo de

subseção seguinte). Ademais, se o crime é afiançável e o detido está predisposto a efetuar o pagamento da fiança, ele apenas o poderá fazer após a formalização do APF, que poderá durar até 24 horas, portanto antes dessa formalização a restrição momentânea da liberdade é legítima.

A detenção em flagrante delito pela prática de infração penal de menor potencial ofensivo perdura do momento e que a pessoa recebe a “voz de prisão”, enquanto se aguarda a lavratura do respectivo TC, até a assinatura do compromisso de comparecimento perante o Juizado Especial Criminal (Lei n. 9.099/95, art. 69, parágrafo único). Essa detenção pode ser tida como uma modalidade da prisão anterior (já que formalmente a pessoa está presa, mas o compromisso de comparecimento a libera da prisão), mas se diferencia porque desde o início a prisão está direcionada para a lavratura de um ato processual e a posterior liberação do suspeito, aproximando-se da lógica das retenções momentâneas de liberdade (mas aqui admite a condução coercitiva imediata à DP). Em síntese, essa detenção é instrumental à lavratura do TC e à colheita de termo de compromisso. Também é possível que, faticamente, essa detenção tenha efeitos similares a uma detenção momentânea por perturbação da ordem pública quando envolvem um ato de resistência à ordem de autoridade policial¹³².

Quando uma pessoa está detida em flagrante, mas presta fiança ou assume o compromisso de comparecer perante o JEC, ela deveria em regra ser imediatamente liberada. Todavia, parece-nos razoável que se admita a condução coercitiva imediata do suspeito para realização de exame de corpo de delito sobre sua pessoa ou outra diligência corporal lícita, desde que tal ocorra dentro do prazo de 24 horas que seria o prazo de conclusão do APF. Nessa situação, ainda que já tenha se concluído a lavratura do APF, tenha sido arbitrada fiança e o detido tenha feito o pagamento, é admissível que ele, antes de ser libertado, realize tais exames

construção no Brasil. Enquanto não se alcança esse nível de maturidade nas instituições policiais, é mais seguro permanecer como se está.

¹³² Por exemplo, na Alemanha, há uma modalidade de detenção momentânea específica para a hipótese de uma pessoa estar perturbando a ordem pública em um evento oficial, situação em que poderá ser detida até o término do respectivo evento (StPO, § 127; ver Roxin, 2000:283). No Brasil, não há essa modalidade de detenção de segurança pública, mas ela equivale funcionalmente à situação de resistência, que admitirá uma detenção em flagrante delito, com duração até a conclusão da lavratura do auto de prisão em flagrante, o que poderá ser lavrado ao término do evento (v.g., um controle de multidão), havendo, assim, efeitos similares. Em muitas situações, a conduta do abordado, apesar de ser formalmente uma resistência, não terá gravidade suficiente para configurar o crime e justificar a persecução penal (resistência passiva, ou sem violência expressiva); todavia, a possibilidade fática de a Polícia brasileira reter a pessoa em decorrência da hipótese formal de flagrante por crime de resistência, com posterior liberação no prazo de lavratura do APF, se torna um equivalente funcional de retenção momentânea de segurança pública existente em outros países.

periciais ainda com uma restrição momentânea de sua liberdade. Em verdade, nessa situação, há um retardamento curto da liberação do autuado até se completarem as medidas investigativas imediatamente necessárias à investigação, numa ficção de que a realização dos exames periciais sobre sua pessoa é uma finalização das diligências necessárias à conclusão do APF (sempre dentro das 24 horas). Exemplo: pessoa é detida em flagrante por uma tentativa de homicídio simples (facada na barriga com risco à vida, seguida de contenção por terceiros), é autuada em flagrante delito e beneficiada por fiança concedida pela autoridade policial, que é paga logo em seguida; é possível sua condução até o IML para a realização de exame de corpo de delito (para documentar a luta corporal, ou os vestígios de sangue da vítima no corpo do autuado), pois há um interesse público na documentação dessa situação que independe da concordância do investigado. Outro exemplo: se a pessoa autuada em flagrante por crime de furto, que alegou ter sido vítima de abuso de autoridade pelos policiais militares, é beneficiada com fiança estabelecida pela autoridade policial e recolhe essa fiança, ela pode ser validamente conduzida até o IML para realização do laudo de exame de corpo de delito quanto à alegação de agressão, e logo em seguida liberada (há um interesse público na realização do exame que justifica o curto prolongamento da detenção do autuado por breves instantes). A regra dessa legitimidade de retenção está implícita no art. 6º, VII do CPP (possibilidade de a autoridade policial determinar a realização de exame de corpo de delito), art. 58 do CPP (indispensabilidade de realização do exame de corpo de delito), art. 161 (possibilidade de sua realização a qualquer dia e hora), art. 244 do CPP, por analogia, que estabelece que a revista pessoal independa de mandado judicial quando há suspeita de a pessoa portar objeto que é a materialidade do crime (corpo de delito), já que a revista pessoal implica uma retenção momentânea de liberdade e o corpo de delito é literalmente o corpo do abordado, e ainda no art. 240, § 1º, “h” do CPP, que permite à autoridade policial “apreender pessoas vítimas de crimes”, dando a entender que a vítima poderá ter sua liberdade momentaneamente restringida, exatamente pelo fato de poder ser ela mesma o corpo de delito. A teleologia desses dispositivos é de que a autoridade policial não pode permitir que se dissipem os vestígios do crime, devendo ter os poderes necessários para evitá-lo, especialmente na situação de flagrante delito. Essa teleologia também se aplica às testemunhas ou à vítima que tenham vestígios materiais em seu corpo, numa situação de flagrante delito, isso porque o flagrante delito já é uma situação de turbacão da ordem pública que exige uma intervenção de urgência da autoridade policial para restabelecer a ordem e assegurar a não dispersão das

informações investigativas, uma situação que ordinariamente permite à Polícia se antecipar na restrição de direitos fundamentais as quais em outras situações não poderia realizar (como a busca domiciliar e a própria prisão em flagrante). Todavia, se a situação de flagrante delito (portanto, de urgência) já esta superada, parece razoável exigir uma ordem judicial para a realização de tal condução coercitiva para o exame, em caso de anterior recalcitrância do suspeito, vítima ou de testemunhas, além da autorização para alguma intervenção corporal eventualmente mais invasiva¹³³. É o que ocorre com as intervenções corporais destinadas à extração de amostras genéticas para identificação criminal, apenas realizáveis mediante prévia autorização judicial (independentemente da situação de flagrante delito), conforme recentemente regulamentação pela Lei n. 12.654/2012, situação que abrange a possibilidade de, em havendo recusa imotivada, ocorrer a condução coercitiva do investigado para o IML, com a respectiva restrição da liberdade durante esse período.

Em algumas situações é admissível uma retenção momentânea de liberdade mesmo antes de se ter a confirmação da situação de flagrante delito. É o que ocorre com a retenção da liberdade de pessoa suspeita de embriaguez ao volante para a realização do exame de alcoolemia ainda em via pública, antes da confirmação do estado de embriaguez, ou seja, a retenção do motorista pelo policial por alguns minutos para aguardar a realização do exame de etilômetro nos demais suspeitos até chegar a sua vez (no caso de *blitz* policial), ou aguardar que um funcionário traga o aparelho até o local, ou ser transportado até o IML para realização de exame clínico pelo perito (no caso de abordagem fora do contexto de uma *blitz*, mas diante de indícios concretos de embriaguez)¹³⁴. A legitimidade dessa restrição curta da liberdade para a realização da diligência de submissão à perícia técnica está diretamente relacionada à legitimidade da própria diligência, que por sua vez tem inter-relações com o problema do privilégio contra auto-incriminação. Analisaremos a legitimidade da diligência adiante.

¹³³ É ainda admissível, excepcionalmente, a decretação da prisão temporária do suspeito (Lei n. 7.960/1989, art. 1º, I) para realizar uma diligência investigativa sobre seu corpo. Segundo Kamisar et al., 2002:323-326, essas detenções momentâneas de liberdade para realizar diligências investigativas (no caso, recolher impressões digitais de um grupo de pessoas suspeitas, sem individualização do suspeito, fora da situação de flagrante delito) exigem prévia decisão judicial no sistema estadunidense.

¹³⁴ Indicando que a detenção da pessoa para realizar exame de sangue de alcoolemia (denominada na Espanha de retenção policial) constitui uma restrição ao seu direito de liberdade de curta duração: Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:83-84. Sobre o tema, ver adiante, subseção 4.7.3.

Não há regulamentação legal no Brasil da ordem de não afastamento momentâneo de local de crime em situação de flagrante delito – situações (v) e (vi) supra. Outros países têm regulamentada a possibilidade de restrição momentânea de liberdade ainda no local do crime, bem como a ordem de apresentação imediata de testemunha na situação de flagrante delito.

Em Portugal, o art. 173 do CPP permite que a Polícia determine que as pessoa que estão no local do crime (onde se realiza exame) a dele não se afaste até ordem em sentido contrário, enquanto sua presença for indispensável ao exame do local de crime, sob pena de uso da força para assegurar sua permanência. Também no caso de realização de busca domiciliar, é possível que se determine a proibição de afastamento dos moradores, até o esclarecimento da situação (CPP português, art. 176.3). Na Espanha, prevê o art. 329 da LECrim que, chegando o juiz instrutor ao local do crime, poderá determinar que as testemunhas não se afastem, bem como ordenar que compareçam ao local as testemunhas que se encontrem próximas, para receber de cada uma delas uma declaração *in loco*. Não estando a testemunha no local de crime, em situações de urgência, é admissível que a intimação de uma testemunha seja para comparecimento imediato (LECrím, art. 430). A ordem de citação de comparecimento de testemunha pode ser delegada à Polícia Judicial (LECrím, art. 431), de sorte que nessa situação de intimação urgente, a Polícia poderá já intimar e providenciar a condução da testemunha. Na França, há uma modalidade de restrição momentânea da liberdade de testemunhas específica para a situação de flagrante delito, prevista no art. 61.1 do CPP francês, segundo o qual “o oficial de Polícia Judiciária pode proibir qualquer pessoa de se afastar do lugar da infração até a conclusão de suas operações”, admitindo-se o uso da força para manter a presença da pessoa no local. O dispositivo é relativamente abrangente e inclui, além do suspeito do crime, também as possíveis testemunhas, que podem ser detidas no local até a conclusão do exame de local. Nessa situação é até admissível uma ordem de comparecimento imediato para prestar informações e, no caso de desobediência, mediante ordem do Procurador da República, é possível realizar-se a condução coercitiva para oitiva (art. 61.3 do CPP francês), que não pode exceder 4 horas. (art. 62.1)¹³⁵. Todavia, na ata da oitiva das testemunhas em geral, a Polícia deve indicar se a testemunha compareceu espontaneamente, mediante intimação, ou se foi necessária a realização de condução coercitiva para seu comparecimento, para que o Ministério Público francês, ao ser comunicado da

realização da diligência, fiscalize a legalidade da eventual coerção utilizada para a oitiva¹³⁶. Na Itália, se um magistrado acompanha a realização da busca domiciliar, ele poderá ordenar que determinada pessoa não se afaste da cena do crime, sob pena de ser reconduzido ao local, devendo o motivo da ordem e suas circunstâncias constarem da ata da diligência (art. 246.2 e art. 250.3 do CPP italiano). Na Argentina, a autoridade policial pode emitir uma ordem de não afastamento do local e de não comunicação entre si antes de prestar declarações, pelo prazo máximo de seis horas (CPP argentino federal, art. 228). Outros países que não regulamentam especificamente essa ordem de não afastamento de local de crime acabam por admiti-la como uma modalidade de controle de identificação, que ordinariamente admite a possibilidade de restrição da liberdade por algumas horas, inclusive admitindo-se sua condução coercitiva à Delegacia de Polícia para confirmação das informações de identificação¹³⁷.

No Brasil, é razoável se admitir a legitimidade constitucional e legal da ordem de não afastamento de local, apesar de ser altamente conveniente sua regulamentação legislativa. Assim, se ocorre um crime e a Polícia chega ao local de crime, é admissível que as pessoas que estão no local sejam momentaneamente retidas (ainda no local), para que se esclareça o que ocorreu naquela situação, quem são os possíveis envolvidos (suspeito do crime e vítima), quem são as possíveis testemunhas do crime, bem como para que as testemunhas ou vítima realizem *in loco* o seu reconhecimento do possível suspeito. Também no caso de violação do domicílio diante da fundada suspeita de flagrante delito, é razoável que os moradores não se afastem momentaneamente do local até a confirmação do flagrante e a identificação do autor.

Limitamos aqui esse controle a hipótese à situação de flagrante delito, na qual a pessoa está presente no local dos fatos, mas ainda não há uma certeza de quem é o suspeito. O flagrante delito eleva a possibilidade de ingerência do poder geral de polícia a essa cautela inicial, marcada pela necessidade urgente de intervenção, sob pena de perda das informações investigativas. Nesse caso, a restrição momentânea da liberdade é uma atuação destinada a fazer deter o possível suspeito (ligada ao acautelamento da possibilidade de se realizar uma prisão preventiva), e esclarecer a identidade da vítima e testemunhas (ligada a um controle de

¹³⁵ Ver Guinchard e Buisson, 2009:526.

¹³⁶ Decocq *et al.*, 1998:713.

¹³⁷ Todavia, nem todos os países admitem verificação de identificação coercitiva para testemunhas. Ver abaixo, subseção 4.6.3.

identificação, que também admite uma restrição momentânea de liberdade no local por breves instantes). Mas nesses casos, esse controle de identificação estará ligado também a uma entrevista informal *in loco* para esclarecer o nível de envolvimento do abordado com o crime. A partir do instante em que o suspeito se individualiza, ele deve ser reconhecido como titular de todos os direitos inerentes à posição processual de investigado, como o direito de ser expressamente informado de seu direito ao silêncio e do respectivo respeito desse direito. Mas o direito ao silêncio não impede a realização de diligências que não necessitem da colaboração ativa do investigado, como o reconhecimento pessoal ou a apreensão de vestígios materiais em suas vestes ou eventualmente em seu corpo.

Obviamente, a ordem de não afastamento de local de crime não pode exceder alguns poucos minutos, sob pena de configurar-se numa verdadeira detenção alongada. Sendo a ordem policial legítima, caso o abordado recuse-se a permanecer no local, será admissível o uso da força para fazê-lo permanecer no local. Em todas as situações que for necessário fazer uso da força para uma pessoa permanecer no local de crime, será necessário documentar essa situação mediante um auto de resistência (CPP, art. 292, por analogia), com posterior comunicação ao Ministério Público, indicando-se quem emitiu a ordem, contra quem e o porquê¹³⁸. Entendemos que nesse caso a recusa não configurará crime de desobediência, ante a necessária subsidiariedade do direito penal, pois o uso da força permitirá assegurar a efetividade da diligência, sendo em si mesmo a consequência da desobediência.

Todavia, na situação de notificação verbal para uma testemunha comparecer imediatamente à Delegacia de Polícia para prestar depoimento no APF, já fora do local dos fatos, parece-nos que há uma omissão de regulamentação legal no sistema processual penal brasileiro. Parece-nos constitucionalmente admissível que a legislação infraconstitucional venha regulamentar essa obrigação de a testemunha comparecer imediatamente à DP para se lavrar o APF. Todavia, hoje essa obrigação não está prevista, e não se pode, nessa situação, realizar interpretação restritiva de direitos fundamentais. O art. 304, *caput*, do CPP, afirma que serão ouvidos n APF o condutor, as testemunhas que o acompanharem e o conduzido. Indica-se assim que a testemunha está acompanhando o condutor, e não sendo conduzida coercitivamente por este. Em regra a obrigação da testemunha de comparecer é no dia e hora especificamente

¹³⁸ Indicando a necessidade de auto para documentar tal ordem, em Portugal, ver Albuquerque, 2009:470.

designados (CPP, art. 218) e não para apresentação imediata. Essa diligência de ordem de comparecimento imediato se diferencia da ordem de não afastamento de local, pois nessa segunda situação há uma restrição superficial do direito de liberdade ainda no local do flagrante delito derivada do poder geral de polícia (mera retenção no local por alguns minutos). Mas aqui, haveria efetivamente uma condução coercitiva imediata, o que seria um equivalente funcional de uma detenção imediata da testemunha sem previsão legal, o que nos parece inadmissível. Nessa situação, os policiais (inclusive os militares) deverão convidar as testemunhas oculares a comparecerem à DP para lavrar o APF (e não ordenar que elas devam comparecer sob pena de serem presas por desobediência), se isso for necessário, e em caso de recusa deverão tomar nota da identificação das diversas testemunhas, qualificando-as no boletim de ocorrência (que deverá posteriormente acompanhar a comunicação do APF ao Ministério Público e juiz), lavrando-se o APF apenas com o condutor e as testemunhas de apresentação (nos termos do que permite o CPP, art. 304, § 2º), devendo as testemunhas oculares ser posteriormente intimadas para prestar depoimento na DP (nos termos do art. 218 do CP). A solução aqui é a mesma para o caso de condução coercitiva para se realizar um controle de identificação, que, por ausência de regulamentação legal, se torna atualmente juridicamente inadmissível (apesar de ser, em nossa visão, constitucionalmente admissível).

Há modalidades de retenção momentânea da liberdade concomitante à realização de uma revista pessoal ou um controle de identificação, ainda no local dos fatos e sem condução coercitiva à DP – hipóteses (viii) e (ix) supra. Essas restrições são constitucionais e estão diretamente relacionadas com essência de realização dessas diligências investigativas (ou de segurança pública), pois não é possível revistar uma pessoa sem ter a “posse” momentânea de seu corpo, nem se pode controlar a identidade de uma pessoa sem retê-la momentaneamente para formular os questionamentos. Analisaremos os pressupostos dessas medidas adiante. O controle do período de detenção da liberdade nessas situações se dá no próprio procedimento de controle da legitimidade da ocorrência da diligência. Todavia, o reconhecimento de que há uma restrição superficial à liberdade de locomoção (e ainda à liberdade pessoal na revista), reforça a necessidade de haver mecanismos de controle efetivos para essas diligências.

Também há retenção momentânea da liberdade durante a realização de um ato processual, como depoimento ou interrogatório. Em relação ao interrogado, não há no Brasil, mas

deveria haver, regra estabelecendo que se o interrogado reserva-se em seu direito constitucional de permanecer em silêncio, deveria ser-lhe assegurado o direito de fazer cessar imediatamente a inquirição, com sua posterior liberação, mas o que se assiste na prática é a continuidade insistente de perguntas pelo inquiridor, com a finalidade de superar a resistência do inquirido para que ele fale. Ainda assim, a retenção do interrogado seria legítima pelo tempo estritamente necessário a concluir a lavratura do termo de interrogatório, para se colher sua assinatura. Já em relação às testemunhas, se uma pessoa comparece às dependências policiais após regular intimação para comparecer na qualidade de testemunha, ela não pode ausentar-se dessas dependências antes de ser formalmente liberada pelos policiais. Se a Polícia tem o poder de realizar a condução coercitiva da testemunha caso ela devidamente intimada não compareça (com a controvérsia sobre a necessidade ou não de autorização judicial, que abordaremos adiante), está implícito nesse poder de notificação a faculdade de não liberar a testemunha que compareceu espontaneamente até que a colheita de seu testemunho esteja concluída. Se a testemunha tenta se afastar do local de inquirição durante a realização do ato, ela está desobedecendo à ordem de comparecimento (notificação), portanto ela mesma se coloca numa situação de flagrante delito, podendo ser retida por esse outro motivo (até a lavratura do TC e assinatura de compromisso de comparecimento ao JEC pela desobediência¹³⁹), o que acaba por tornar a notificação de comparecimento de testemunha num ato que permite a retenção do depoente durante o período de tempo necessário à realização do ato.

A possibilidade de retenção ocorrerá durante o período de tempo necessário à oitiva da testemunha, sendo admissível que se prolongue por breve período de tempo, para concluir a oitiva de outras testemunhas, para a eventualidade de realização de acareação com testemunha já ouvida ou sua reinquirição sobre outro ponto¹⁴⁰. Essa situação de não liberar uma testemunha antes de sua oitiva também importa uma restrição tangencial à liberdade de locomoção da testemunha, que não pode ser desconsiderada, especialmente se a oitiva da testemunha não é imediata e demora algumas horas. Por esse motivo, é necessário reconduzir

¹³⁹ J.F. Marques, 2009(v.II):334, indica que a recusa em prestar depoimento configuraria crime de desobediência. Todavia, deve-se lembrar que há tipo penal específico, o de falso testemunho (CP, art. 342), na modalidade “calar a verdade”, o que equivale à situação de recusar-se a prestar depoimento. Caso se entenda que o crime é o de falso testemunho, a situação da testemunha que se recusa a falar e tenta sair da DP durante seu depoimento seria ainda mais grave, pois admitiria prisão em flagrante, seguida de arbitramento de fiança.

¹⁴⁰ Admitindo a legitimidade de se prolongar brevemente a liberação de testemunha para essa finalidade: Rangel, 2009:707; Choukr, 2009b:421 .

também essa situação de não liberação de testemunhas a uma detenção momentânea de liberdade, com as garantias inerentes, especialmente o estabelecimento de um prazo máximo para essa detenção momentânea¹⁴¹.

A condução coercitiva do investigado, do perito e de testemunhas (item (xi) supra) está devidamente prevista no CPP, art. 218 (testemunhas), art. 260 (acusado) e art. 278 (peritos), e com regras reiteradas para os diversos procedimentos judiciais, no art. 411, § 7º, art. 461, e art. 535 do CPP. Também está prevista no art. 412 do CPC para o processo civil, sempre por ordem judicial. O problema dessa diligência não é sua admissibilidade, mas consistem em analisar se seria necessária prévia autorização judicial ou se a própria Polícia poderia determinar a condução coercitiva. Analisaremos a questão adiante.

Finalmente, cumpre analisar se seria possível a retenção momentânea da liberdade para acompanhar coativamente como “testemunha do povo” a realização de uma busca domiciliar, conforme previsto no CPP, art. 245, §§ 4º e 7º. Essa é uma diligência polêmica, pois implicaria em estabelecer uma obrigação genérica de policiais deterem pessoas em via pública e obrigá-las a acompanhar diligências eventualmente arriscadas, sem uma previsão legal específica de regulamentação desse dever. Parece-nos que uma tal obrigação excederia o dever genérico que todo cidadão possui de testemunhar sobre fatos que tem conhecimento (no caso, uma verdadeira obrigação de se tornar uma testemunha de diligência policial). Analisaremos essa diligência adiante, mas já adiantamos nossa posição contrária à possibilidade de retenção policial para essa finalidade.

Feitas essas considerações, de que a maioria das retenções momentâneas de liberdade acima indicadas é constitucionalmente admissível, é necessário estabelecer um estatuto dessas situações, sob pena delas ficarem menos protegidas que a própria situação de prisão, para a qual há a previsão de um arcabouço de garantias. Há uma previsão implícita na lei para várias dessas retenções, mas é necessário explicitar seu regramento legal. Do ponto de vista qualitativo, elas são restrições à liberdade da mesma forma que a prisão tradicional, com a diferença apenas de intensidade, de duração. Nesse sentido, é eloquente que o art. 7.4 da CADH (Pacto de São

¹⁴¹ Lamentando, no sistema francês, a inexistência de uma regulamentação das garantias inerentes a essa detenção momentânea de liberdade de testemunhas, e indicando a incompatibilidade dessa omissão com o dever de

José da Costa Rica) preveja uma distinção entre detenção e retenção, sendo indicativo de que a retenção se referiria a uma privação de liberdade de duração menos prolongada, mas ainda assim que exigiria uma proteção mínima de direitos (no dispositivo específico, o direito à comunicação do motivo da sua retenção e, no dispositivo seguinte, do direito a ser apresentada perante um juiz se essa retenção se prolongar)¹⁴². Na expressão de Kamisar e outros, “é essencial que exista um critério único e bem conhecido para guiar as autoridades policiais, que normalmente têm tempo e expertise limitados para refletir e para ponderar os interesses sociais e individuais envolvidos nas circunstâncias específicas que eles se deparam”¹⁴³.

Os problemas de déficit de regulamentação legal mais sérios das retenções momentâneas de liberdade estão relacionados especialmente com a duração admissível das retenções policiais e às garantias de controle contra eventuais arbitrariedades. Assim, qual é o tempo razoável que um policial poderá reter uma pessoa para realizar uma revista pessoal na mesma? Entre a zona de certeza positiva (v.g., 5 minutos) e a zona de certeza negativa (v.g., 2 horas), provavelmente há um largo espectro de área de incertezas, que já são ilegítimas mas, ante a ausência de regulamentação legal, poderão ser praticadas retenções arbitrárias que ficarão sem critérios objetivos para serem julgadas como tal. Da mesma forma: qual é o prazo razoável para se realizar um interrogatório ou um depoimento (e para se reter o interrogado ou depoente durante sua realização)? Uma hora parece ser um prazo razoável, enquanto 10 horas parece ser um prazo claramente arbitrário; no meio há graus de incerteza que deveria ter uma regulamentação legal, especialmente da necessidade de intervalos a pedido do interrogado e outros obrigatórios após determinado prazo. É necessária uma regulamentação legal sobre o tema. Todavia, algumas soluções de controle já podem ser extraídas do sistema legal em vigor. Vejamos.

proteção à liberdade previsto no art. 5º da CEDH (equivalente ao art. 7º da CADH e ao art. 5º, incisos II e LXI da CRFB/1988), ver Guinchard e Buisson, 2009:576.

¹⁴² Em sentido semelhante, o TEDH também realiza uma distinção entre privações de liberdade (reconduzíveis ao art. 5.1 da CEDH) e restrições de liberdade (ligadas ao art. 2.4 do Protocolo 4), distinção relativa ao grau ou intensidade da restrição, não à sua essência. Ver Guinchard e Buisson, 2009:528, citando ainda o precedente TEDH, *Engel vs. Países Baixos*, 6 nov. 1980 e *Guzzardi vs. Itália*, 28 maio 1985.

¹⁴³ Kamisar *et al.*, 2002:325.

4.4.3 *Garantias procedimentais de controle: a necessidade de documentação e comunicação ao Ministério Público das restrições momentâneas de liberdade*

Analisaremos primeiro a obrigatoriedade de comunicação das detenções policiais que posteriormente não ensejaram a sua manutenção em prisão em flagrante, posteriormente analisarmos as demais situações de retenção momentânea da liberdade. Uma breve análise do direito comparado indica a necessidade de uma preocupação especial com o controle dessas detenções momentâneas que não se confirmam. Vejamos brevemente.

Em **Portugal**, mesmo quando um órgão de polícia criminal realiza uma detenção e posteriormente verifica que não subsistem os motivos que legitima a manutenção dessa detenção, ele pode por iniciativa própria colocar em liberdade a pessoa detida, mas há necessidade de se elaborar um relatório da diligência e encaminhá-lo imediatamente ao Ministério Público, para a posterior fiscalização da legalidade das diligências (CPP português, art. 261.2). E se a detenção se mantém, é necessária a imediata comunicação ao Ministério Público da detenção, para providenciar sua convenção em prisão preventiva (CPP português, art. 259.b e art. 194.1).

Na **Itália**, há um conjunto de regras de comunicações sucessivas sobre a restrição à liberdade. Nas hipóteses em que a Polícia realiza diretamente uma prisão em flagrante ou uma detenção (*fermo*), deve haver a imediata comunicação ao Ministério Público do local onde essa pessoa se encontra (art. 386.1 do CPP italiano), bem como deve haver a concessão ao conduzido da possibilidade de constituir um defensor para acompanhar a diligência (art. 386.2). Essa primeira comunicação deve ser feita logo no início da diligência, documentando que a pessoa está sob detenção. Além da anterior comunicação imediata, a Polícia possui a obrigação de colocar a pessoa presa ou detida à disposição do Ministério Público em no máximo 24 horas, com a respectiva ata da diligência. A colocação à disposição do Ministério Público é feita pela condução da pessoa presa a um centro de detenção (*casa circondariale o mandamentale*) (art. 386.3 e .4 do CPP italiano). Mesmo antes da intervenção do Ministério Público, se a Polícia verificar que a detenção não é legítima, poderá determinar a liberação da pessoa, mediante uma segunda comunicação ao Ministério Público com o horário da liberação (art. 389.2 do CPP italiano). A violação dos prazos de qualquer das duas comunicações ao Ministério Público ou

ainda de colocar o preso à disposição do Ministério Público resultam na invalidade da prisão (art. 386.7 do CPP italiano).

Na **França**, mesmo quando uma diligência de tentativa de prisão de uma pessoa decorrente de ordem judicial resta infrutífera, deve-se elaborar uma ata da diligência, comunicando-se o magistrado do realizado (art. 134 do CPP francês). Assim que se inicia a realização de uma detenção policial preventiva (*garde à vue*), o oficial de polícia deve comunicar imediatamente ao Ministério Público dessa diligência, sendo que o Ministério Público poderá posteriormente alterar a qualificação jurídica estabelecida pelo oficial de polícia (art. 63.I.2 e art. 135-2.2 do CPP francês). Na França, houve uma drástica alteração do regime da *garde à vue* por uma lei de 2004, para elevar os níveis de controle sobre todas as restrições de liberdade realizadas pela Polícia.

Na **Alemanha** e na **Espanha**, apesar de haver obrigatoriedade de comunicação imediata pela Polícia ao Ministério Público das diligências investigativas realizadas (§ 163.2 da StPO e art. 295 da LECrim, respectivamente), não há regras explícitas sobre a necessidade de documentação e posterior comunicação da detenção policial que posteriormente não se convalidou¹⁴⁴. Contudo, na Espanha, mesmo para diligências menos invasivas, como o controle de identificação ou a revista pessoal, é necessária posterior comunicação ao Ministério Público para controle, conforme o art. 19.2 da LO n. 1/1992 (Lei sobre a proteção da segurança cidadã)¹⁴⁵.

Na Califórnia, se um policial restringe momentaneamente a liberdade de um cidadão e posteriormente o libera, é obrigatória a emissão de um “certificado de liberação” da

¹⁴⁴ Na Alemanha, logo após a detenção, a pessoa é levada a um posto policial e ali sumariamente entrevistada, de sorte que se não surgirem indícios de confirmação da suspeita inicial ela será liberada (§ 163a.4, StPO) e se surgirem indícios de confirmação da suspeita ela será apresentada ao juiz, não havendo previsão expressa de documentação dessa prisão posteriormente não confirmada, e, portanto, não esclarecendo a StPO se tal diligência deve ser informada ao Ministério Público. Também, há regra de que se, no curso de um controle de identificação, esclarece-se que a pessoa abordada não era a suspeita do crime, os documentos relacionados à diligência devem ser posteriormente destruídos (§ 163c.4, StPO), sem se esclarecer se tal destruição ocorre antes ou após a comunicação a Ministério Público. Na Espanha, o art. 496 da LECrim estabelece que a pessoa detida deverá, no prazo de 24 horas, ser colocada em liberdade ou apresentada ao juiz para converter sua detenção em prisão preventiva, não se esclarecendo se no primeiro caso deve-se documentar e informar o juiz ou o Ministério Público (não comenta o tema: Oliva Santos *et al.*, 2007:399). Todavia, mesmo os casos de retenção momentânea da liberdade para o controle de identificação devem ser documentados e comunicados periodicamente ao Ministério Público, de sorte que, aparentemente, aplica-se por analogia essa regra de retenção momentânea de liberdade (LECrim, art. 20.3).

detenção, um formulário impresso que o policial preenche in loco e já entrega ao cidadão, devendo encaminhar posteriormente cópia para seu órgão de controle¹⁴⁶.

No **Brasil**, a essa comunicação ao Ministério Público da detenção em flagrante posteriormente não formalizada também é obrigatória, apesar de sistematicamente negligenciada. A conclusão sobre essa obrigatoriedade de comunicação deriva de uma interpretação literal do próprio art. 306 do CPP, bem como da interpretação sistemática das disposições legais atinentes ao controle da atividade policial.

Estabelece o art. 306 do CPP brasileiro:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Verifica-se claramente que o dispositivo afirma existirem duas comunicações distintas: uma comunicação sumária que deve ser feita imediatamente quando uma pessoa é detida, que é endereçada tanto à família do preso quanto ao juiz e ao Ministério Público, e uma segunda comunicação, no prazo de 24 horas, acompanhada do auto de prisão em flagrante, que será endereçada ao juiz e à Defensoria Pública e, apesar da omissão do CPP, também ao Ministério Público (cf. art. 10 da LC n. 75/1993). Não se podem confundir as comunicações, pois a primeira deve ser imediata, ou seja, antes da lavratura do APF, exatamente para permitir a assistência da família já durante a lavratura do APF (v.g., a contratação de defensor). A primeira comunicação ao juiz e ao Ministério Público deveria ocorrer no mesmo prazo da comunicação feita à família. Ocorre que a doutrina e a prática acabaram por sedimentar o entendimento de que seria necessária apenas uma comunicação ao juiz e ao Ministério Público, aquela acompanhada da cópia do APF, que é lavrado dentro de 24 horas da detenção inicial, pois, considerando-se o prazo relativamente exíguo entre a detenção e essa comunicação, seria faticamente desnecessária a dupla comunicação. Com efeito, parece ter pouca utilidade prática realizar-se uma comunicação sumária imediata, apenas com a informação de que “fulano encontra-se na DP detido em

¹⁴⁵ Ver Gimeno Sendra, 2008:241-2.

¹⁴⁶ Wechter, 2004:16.

flagrante por suspeita de prática de tal crime”, sem acompanhar tal comunicação das razões fáticas que justificam tal detenção, a qual apenas estará aperfeiçoada com a lavratura do APF. A única lógica dessa obrigação de comunicação inicial seria a de documentar quais restrições à liberdade estão sendo realizadas, para permitir a efetiva fiscalização da efetividade da posterior comunicação da prisão ou, numa situação muito excepcional, permitir que detenções manifestamente ilegais (por atipicidade manifesta) possam ser liminarmente relaxadas pelo juiz ou impugnadas pelo Ministério Público, uma situação excepcionalíssima. Assim, se há posterior comunicação da detenção através do encaminhamento do APF no prazo de 24 horas, parece-nos razoável que essa comunicação supra a necessidade da comunicação inicial, por ser mais completa, permitir efetivo controle de mérito e ocorrer no curto prazo de 24 horas. Todavia, o dispositivo ainda permite uma efetividade residual para a hipótese, ora em comento, de a pessoa ser inicialmente detida e posteriormente ser liberada, situação em que a primeira comunicação (a que deveria ser imediata) possui ainda plena necessidade jurídica para documentar o estado de detenção e permitir que o juiz e o Ministério Público avaliem a correção da detenção inicial.

Imaginemos a situação: a Polícia está diante de uma situação que aparenta ser um flagrante delito, e dá voz de prisão ao abordado, sendo eventualmente necessário o uso da força, uso de algemas, sendo a pessoa colocada em um cubículo traseiro de viatura policial, e transportada coativamente até a DP, numa situação de restrição à liberdade que perdura por algumas horas, até que posteriormente se esclarece que o suspeito era inocente e os indícios iniciais não se confirmam. Nessa situação, a autoridade policial não deverá, por óbvio, determinar a concretização da prisão em flagrante, ainda que não tenha se iniciado a lavratura do APF. Todavia, a detenção em flagrante já se materializou, e um cidadão inocente ficou algumas horas com sua liberdade restringida, houve necessidade de uso da força contra sua pessoa, e todas essas diligências policiais, apesar de serem aparentemente legítimas no exemplo narrado (se havia efetivamente uma situação de dúvida razoável que justificou a detenção em flagrante), não podem ficar sem quaisquer mecanismos de controle do eventual risco de arbitrariedades. Ademais, quando a Polícia se “acostuma” a poder deter as pessoas que entende ser suspeitas e depois simplesmente liberá-las, sem outras garantias procedimentais, cria-se um hábito pernicioso que com o passar do tempo passa a normalizar eventuais medidas ilícitas de detenção, como a prisão para averiguação (sem indícios concretos, só para esclarecer os fatos) ou a prisão

correcional (para dar uma lição em perturbadores da ordem pública)¹⁴⁷. Assim, a regra de que toda detenção policial deve ser documentada e posteriormente comunicada é uma garantia contra eventuais abusos policiais.

A necessidade de comunicação pela Polícia ao juiz e ao Ministério Público das detenções em flagrante delito que não se converteram em prisão em flagrante parte da premissa, inerente ao sistema de controle da atividade policial, de que toda privação de liberdade, ainda que momentânea, deve estar acompanhada das garantias necessárias à verificação de sua legalidade, destinadas a evitar qualquer desvio de poder. Essa é uma garantia processual diretamente extraível do princípio do Estado de Direito, previsto no art. 1º, *caput*, da CRFB/1988, combinado com o art. 5º, III, da CRFB/1988, o qual estabelece que ninguém será submetido a tratamento degradante e com o inciso LIV, que prevê que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Finalmente, o art. 5º, LXIV, da CRFB/1988, que estabelece que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial, ou seja, deve haver mecanismos procedimentais aptos a documentar todos os procedimentos de restrição da liberdade e todos os momentos em que um policial trava um contato informativo com o investigado, nelas incluídas todo ato de restrição momentânea da liberdade. Todas essas disposições exigem garantias suficientes de controle para evitar desvios de poder.

A prisão em flagrante exige posterior controle judiciário, tanto para conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, CPP), como também para o controle da eventual ilegalidade da prisão, para ensejar o imediato relaxamento da prisão ilegal (art. 310, I, CPP). O dispositivo indica que há uma função de controle de eventuais ilegalidades no exame judicial, numa garantia implícita de responsabilização quanto ao eventual desvio policial.

No caso de suspeita de situação de prisão em flagrante que não se confirmou em delegacia, a função de controle de eventuais ilegalidades não se liga mais à cessação de restrições ilegais, mas ao controle externo da atividade policial, em sua perspectiva de

¹⁴⁷ Indicando a existência de uma prática policial ilícita de realizar uma prisão ilegal, denominada de “prisão de passatempo”, destinada a dissuadir que “vagabundos, desordeiros e prostitutas” venham perturbar a paz noturna (ou seja, um desvio de finalidade, uma detenção momentânea sem fundamento utilizada pela Polícia como meio de dissuasão da permanência na via pública): A.F. Sousa, 2009:286. Como visto no capítulo sobre a criminologia do desvio policial, há uma natural tendência de que policiais vejam o instrumental procedimental à sua disposição como ferramentas de trabalho e tendam a expandir sua possibilidade de uso, quando considerarem que esse uso é

fiscalização continuada das atividades policiais potencialmente restritivas de direitos fundamentais. Nesse sentido, uma interpretação sistemática do art. 129, VI, da CRFB/1988, que prevê que o Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial, deve impor a necessidade de o Ministério Público controlar as detenções coercitivas realizadas em situação de atuação putativa de flagrante delito, que posteriormente não se confirmam em Delegacia de Polícia, especialmente para esclarecer se havia uma situação inicial de dúvida razoável a justificar a detenção em flagrante e a respectiva restrição momentânea à liberdade, ou se, ao contrário, desde o início a restrição à liberdade foi arbitrária e há necessidade de medidas outras de controle da atividade policial¹⁴⁸.

O art. 10 da LC n. 75/1993, regulamentando o controle externo da atividade policial, e no mesmo sentido o art. 306, caput, do CPP, estabelecem que a prisão de toda pessoa deverá ser imediatamente comunicada ao Ministério Público. Considerando que o art. 3º, “c”, da LC n. 75/1993, estabelece que o controle externo da atividade policial deve ser exercido não apenas para assegurar a eficiência da investigação, mas também para “prevenção e correção de ilegalidade ou abuso de poder”, uma interpretação sistemática desses dispositivos (e dos anteriormente citados), ligada à necessidade de controle das restrições momentâneas de liberdade, leva à conclusão de que as restrições momentâneas de liberdade também devem ser comunicadas ao Ministério Público para que este possa exercer o controle externo da atividade policial.

Os dispositivos anteriormente citados indicam que é obrigatória a comunicação ao Ministério Público da detenção em flagrante efetuada em situação de putatividade, que posteriormente não se confirmou em delegacia. Ainda que haja alguma dúvida sobre esse controle, de qualquer sorte, o art. 9º, II da LC n. 75/1993 prevê a possibilidade de o Ministério Público ter livre acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial, e bastaria para implementar referido controle uma requisição do Ministério Público à Polícia a fim de que sejam enviados imediatamente ao Ministério Público os autos de prisão em flagrante que sejam posteriormente relaxados pelo delegado de polícia, para que o Ministério Público possa fiscalizar

eficiente para aperfeiçoar seu trabalho de manutenção da ordem e de esclarecimento de fatos, criando regras de apresentação do trabalho que burlam as regras legais.

¹⁴⁸ Indicando que mesmo que a autoridade policial determine o relaxamento imediato da detenção em flagrante, nos termos do art. 304, I, do CPP, é necessária a realização da comunicação, ver Tourinho Filho, 2001:451. Indicando que, no mínimo, deveria ocorrer a lavratura de ocorrência para se documentar a situação de apresentação de preso à autoridade policial: M.M. Barbosa, 2011:83-84.

a legalidade das abordagens policiais, para “prevenção e correção de ilegalidade ou abuso de poder”.

Além dessas precauções, é sempre necessário fornecer ao cidadão abordado um documento que lhe justifique o motivo de sua detenção momentânea, o responsável pela diligência, e o tempo pelo qual ficou detido. A CRFB/1988, art. 5º, LXIV, estabelece claramente que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”. Uma interpretação adequada do dispositivo constitucional deve justificar a obrigação de identificar os responsáveis não apenas das prisões de longa duração, mas também as retenções de liberdade de curta duração, que não deixam de ser, em essência, prisões curtas. Da mesma forma que a nota de culpa formalizaria essa garantia no caso de lavratura do auto de prisão em flagrante, a detenção coativa seguida de posterior liberação deve ter igualmente uma garantia de documentação da diligência e comunicação dos responsáveis. Não é possível que a restrição a um direito fundamental tão relevante quanto a liberdade pessoal possa ser realizada em um nível tão intrusivo (especialmente na perspectiva psicológica do cidadão abordado) e tal ato administrativo não se revista de nenhuma espécie de formalização¹⁴⁹. Sem formalização o ato se torna incontrolável (na perspectiva formal e também figurativa). Relembre-se que quando um veículo mal estacionado é apreendido e transportado coativamente ao depósito (“guinchado”), ainda que seja para logo em seguida ser liberado ao proprietário, essas diligências de apreensão e liberação devem ser devidamente formalizadas: que se dêem às pessoas ao menos as mesmas garantias reservadas às coisas. Ordinariamente os policiais já são obrigados a realizarem um relatório interno de suas diligências, basta entregar uma cópia desse relatório (feita em folha carbono) ao detido. E mais, essa formalização da diligência de detenção momentânea não pode ser facultativa, realizada apenas se o particular solicitar um recibo; antes, deve ser uma garantia procedimental obrigatória, sob pena de o cidadão sentir-se acuado pela possibilidade de solicitar o recibo da diligência e sofrer outros atos de retaliação policial, o que tornaria letra morta.

Obviamente, o nível dessa garantia há de ser diferenciado. Por exemplo, se a pessoa inicialmente apresenta-se como o autor suspeito do fato, iniciando-se a lavratura do auto

¹⁴⁹ Sobre a relevância da formalização dos atos administrativos e a absoluta excepcionalidade de atos orais ou meramente gestuais, ver C.A.B. Mello, 2011:409-411. Nesse sentido afirma Di Pietro, 2001:192: “[...] a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a

de prisão em flagrante, sendo que apenas ao final da lavratura é que se esclarece que ele na verdade não é o autor, é o caso de o próprio delegado de polícia relaxar o flagrante e, mesmo assim, encaminhar cópia do auto e da decisão ao juiz e ao Ministério Público. Todavia, na maioria das situações, a pessoa será detida, eventualmente haverá uso da força para assegurar a detenção, será transportada para uma Delegacia de Polícia, e após algumas horas é que se esclarecerá que ela não estava envolvida nos fatos, mas ainda antes do início da lavratura do auto de prisão em flagrante. Nessa situação, se não for necessária qualquer espécie de comunicação, faticamente se permitirá que todas as outras situações fiquem sem qualquer controle. Assim, se houve uma restrição à liberdade de uma pessoa, ainda que de curta duração, especialmente se houve necessidade de transportar uma pessoa contra sua vontade, essa situação deve ensejar a obrigatoriedade de documentar a diligência policial, ainda que sucintamente, indicando-se quem deu a ordem de detenção, os motivos que justificaram a detenção inicial, as razões para a libertação, as possíveis testemunhas dos fatos, quanto tempo a pessoa ficou detida, em que condições ficou detida, bem como as eventuais intercorrências durante a diligência de detenção, especialmente a eventual necessidade de uso da força, nos termos do art. 292 do CPP.

Entendemos que há uma dupla responsabilidade: do policial que efetuou a detenção e da autoridade policial à qual o detido foi apresentado para decidir quanto à não lavratura do auto de prisão em flagrante. A responsabilidade primária por elaborar esse relatório de detenção é da autoridade policial que realizar a detenção, ou seja, quem der a “voz de prisão” se responsabiliza por documentar essa situação caso ela não seja posteriormente formalizada. Todavia a partir do instante que uma pessoa detida é apresentada ao delegado de polícia, esse tem a obrigação de decidir se é ou não o caso de efetuar-se a prisão em flagrante, ou seja, se a situação fática apresentada subsume-se a uma norma penal incriminadora que justifica a prisão em flagrante. Ao decidir que não é o caso de lavrar-se o auto de prisão em flagrante, também o delegado de polícia assume a obrigação de fazê-lo de forma motivada, ou seja, de elaborar um relatório da apresentação do detido, das razões que foram argumentadas para a apresentação e dos motivos que justificaram sua decisão de não lavrar o auto de prisão em flagrante, tudo em respeito aos princípios do devido processo legal e, nesse caso também, da motivação das decisões administrativas, cf. CRFB/1988, art. 93, X (para as decisões administrativas dos Tribunais) e Lei

própria Administração; é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado”.

n. 9.784/1999, art. 2º, caput e inciso VII, e ainda o art. 50 da mesma lei (para todas as decisões administrativas em geral, como largamente reconhecido como necessário pela doutrina administrativa¹⁵⁰). O dever de fundamentar emana da própria ideia de Estado de Direito, enquanto estado de vedação de arbitrariedades. Assim, parece-nos que, no sistema brasileiro, o policial militar que realiza uma detenção em flagrante deve realizar um relatório interno da diligência, e o delegado de polícia que decide não lavrar o APF por entender não haver provas suficientes ou o fato não configura crime, tem o posterior dever de elaborar um relatório sucinto e encaminhá-lo ao Ministério Público e ao juiz, nos termos do art. 304, *caput*, do CPP.

Finalmente, além da comunicação ao Ministério Público e ao juiz, a assistência da família e do advogado são essenciais à efetividade das garantias concedidas ao investigado. A oportunidade de comunicar-se com os familiares deve ocorrer tão logo o investigado dê entrada numa Delegacia de Polícia ou, tendo ele aparelho de comunicação celular e não havendo risco à segurança, ainda no local dos fatos. Por exemplo, na França, a obrigatoriedade de concessão ao preso de contato com a família não pode exceder a 3 horas, sob pena de nulidade da prisão (art. 63-2.2 do CPP francês)¹⁵¹. Deve haver uma obrigatoriedade de a Polícia oferecer expressamente ao preso a oportunidade de contatar familiar, disponibilizando o telefone para tanto, bem como de posteriormente documentar quando exatamente foi concedido ao preso a oportunidade de entrar em contato com sua família, com quem ele afirmou ter entrado em contato e por qual meio. Caso não se exija essa documentação, com a respectiva exigência de cumprimento pelos policiais, a garantia será virtualmente inútil, podendo ser sistematicamente negligenciada pelos policiais sem consequências concretas¹⁵².

Feita a conclusão de que as situações de detenção policial em flagrante delito necessitam de documentação, com cópia ao abordado e ao Ministério Público e comunicação obrigatória à família, por expressa previsão legal, conclui-se que as demais situações de restrição momentânea de liberdade devem ter a aplicação analógica das mesmas garantias, conforme o caso.

¹⁵⁰ Di Pietro, 2001:82; C.A.B. Mello, 2011:400-404.

¹⁵¹ Boulloc, 2010:427.

¹⁵² Sobre a relevância da assistência da família do preso, ver Tucci, 2004:344-349; M.M. Barbosa, 2011:86; P.N.N. Silva, 2009.

Parece-nos que o critério adequado para se aferir a necessidade de haver a comunicação ao Ministério Público deve ser o transporte coercitivo de uma pessoa à Delegacia de Polícia ou a necessidade de uso da força no local do fato. Se uma pessoa é momentaneamente retida no local do fato, não sendo necessário transportá-la à Delegacia de Polícia nem sendo necessário utilizar-se da força para mantê-la no local, trata-se de uma restrição superficial ao seu direito de liberdade pessoal que estaria implicitamente relacionada com o poder geral de polícia. Nessa situação, parece-nos que bastaria o fornecimento ao cidadão, caso solicite, de um recibo pré-impresso, com espaços de preenchimento manuscrito, indicando sumariamente que ele foi detido, o motivo, o responsável pela diligência, e o período de detenção, para que ele possa posteriormente, se entender cabível, impugnar o ato, num cumprimento do art. 5º, LXIV da CRFB/1988. Por outro lado, ainda que não tenha ocorrido o transporte do detido, se houve resistência e foi necessário o uso da força, é sempre necessária a lavratura (ainda que sumária) do auto de resistência, numa interpretação teleológica do art. 292 do CPP.

Por exemplo, para se avaliar a necessidade de comunicação obrigatória à família do preso, deve-se ter em conta a extensão temporal da restrição momentânea de liberdade: se for de apenas alguns poucos minutos, ela não será necessária, todavia se ela perdurar por algumas horas já será obrigatório conceder ao detido a faculdade de comunicar a seus familiares sua situação. Portanto, nos casos de detenção em flagrante por prática de IPMPO, e na condução coercitiva de testemunhas, será obrigatório conceder-se ao detido a possibilidade de comunicar a seus familiares sua situação. Nos demais casos de retenção curtíssima de liberdade, é razoável entender que não há obrigatoriedade de a Polícia conceder a oportunidade de comunicação, sem prejuízo de que o abordado possa solicitar esse contato e ele ser obrigatoriamente deferido, ou mesmo ele realizá-lo de iniciativa própria (v.g., por comunicação por telefone celular), não podendo a autoridade policial obstar esse contato imediato, a não ser que ele constitua um perigo também imediato à segurança da diligência.

Já em relação à obrigatoriedade de comunicação ao Ministério Público da realização da retenção momentânea de liberdade, com indicação da autoridade que a ordenou, dos pressupostos de fato, duração da medida e eventuais intercorrências (como o uso da força diante de resistência), bem como da obrigação de conceder ao abordado um recibo da diligência, ela deve ocorrer obrigatoriamente nos casos de revista pessoal, controle de identificação, e condução

coercitiva, e de prisão em flagrante por IPMPO. Nessa última situação, ordinariamente lavra-se um TC que será encaminhado ao Judiciário, com posterior vista ao Ministério Público. Se o encaminhamento é imediato, é razoável que ele supra a obrigação de comunicação imediata ao Ministério Público da restrição da liberdade. Todavia, se for necessária realização de diligências no prazo de conclusão do TC (que, por analogia com o prazo de conclusão do IP, é de 30 dias, cf. 10 do CPP), então será necessário que ocorra uma comunicação imediata da detenção em flagrante seguida da liberação. Vale lembrar que mesmo nas situações em que a Polícia efetua uma prisão em flagrante, arbitra fiança e a pessoa é imediatamente liberada é necessário realizar a comunicação imediata da prisão, de sorte que a comunicação imediata da detenção em flagrante por IPMPO deve seguir a mesma lógica.

No caso de ordem de não afastamento momentâneo de local de crime, em situação de flagrante delito, em situação em que não foi necessário o uso da força, por ser uma restrição muito superficial e ordinariamente de curtíssima duração, parece-nos razoável que a comunicação ao abordado ou à sua família ocorra apenas se este o solicitar, sem necessidade de comunicação independente ao Ministério Público, devendo-se, contudo, fazer constar do relatório da diligência de inspeção de local de crime (ou do histórico do boletim de ocorrência, por economia processual), a necessidade de expedição dessa ordem e as eventuais intercorrências. Ao contrário, caso seja necessário utilizar-se da força para manter uma pessoa no local, sempre será necessária a lavratura do auto de resistência, por aplicação analógica do art. 292 do CPP, com comunicação imediata ao Ministério Público.

4.5 Segue: a condução coercitiva de testemunhas ou do investigado

Não se pode negar que a condução coercitiva constitui uma restrição, não meramente superficial, ao direito fundamental de liberdade de locomoção: a pessoa conduzida é obrigada a acompanhar os policiais até as dependências policiais (ministeriais ou judiciais) e ali aguardar o tempo necessário para a o início de sua oitiva, bem como permanecer pelo tempo necessário para concluir sua oitiva, sendo admissível o uso da força para assegurar esse comparecimento. É possível que esse período desde sua detenção até sua liberação constitua algumas horas, ou seja, não é raro que uma detenção realizada às 7 horas da manhã (antes que a pessoa saísse de casa para trabalhar) dure até meados da tarde, horário designado para a

realização de uma oitiva. Trata-se de um período de tempo não desprezível e que merece, portanto, uma regulamentação mínima do procedimento de sua realização¹⁵³.

Antes de analisar o sistema brasileiro, convém ter uma visão panorâmica do tema o direito estrangeiro.

4.5.1 Breve visão do direito estrangeiro

Em Portugal, a Polícia tem liberdade para expedir diretamente um mandado de comparecimento, nas hipóteses em que a Polícia tem uma delegação do Ministério Público (genérica ou específica) para realizar diligências de investigação, devendo do mandado constar a advertência quanto às consequências da omissão de comparecimento (multa e possibilidade de condução coercitiva), cf. art. 273 do CPP português. Todavia, a ordem de condução coercitiva apenas pode ser determinada pelo juiz, e não pela Polícia ou pelo Ministério Público, sendo que tal condução terá a duração pelo tempo indispensável para a duração da diligência (CPP português, art. 116.2). Todavia, a condução coercitiva não pode ser determinada antes de escoado o prazo para a justificação da ausência (a comunicação da impossibilidade de comparecimento deve ser imediata, mas é admissível a juntada das razões no prazo de 3 dias, cf. art. 117.3 do CPP português). Finalmente, se a autoridade policial notifica o investigado para ser interrogado e ele não comparece, é admissível a condução coercitiva por ordem judicial, mas o interrogatório não poderá ser realizado perante a Polícia e sim perante o Ministério Público, já que naquele instante o investigado está com sua liberdade restringida. Tanto que, se o investigado for posteriormente condenado, o dia em que sofreu condução coercitiva, ainda que por algumas horas, poderá ser descontado de sua pena, pois se trata faticamente de uma restrição à sua liberdade¹⁵⁴.

Na Itália, a condução coercitiva (*accompagnamento coattivo*) é determinada para assegurar a colaboração de uma pessoa com o desenvolvimento de uma atividade, ou ainda para ter a disposição física de uma pessoa para alguma inspeção pessoal ou controle¹⁵⁵. Trata-se de uma medida pré-cautelar. Essa diligência é prevista no art. 132 do CPP italiano para o acusado

¹⁵³ Segundo Ferrajoli, 2002:636, a condução coercitiva de testemunhas pela Polícia, bem como a detenção para averiguação da identidade em caso de recusa de informação, são, em verdade, formas de “prisão policialesca” (expressão por ele usada em sentido pejorativo), por seus critérios altamente discricionários, que se prestam de fato a usos e abusos pela Polícia.

¹⁵⁴ Ver comentários em: P.P. Albuquerque, 2009:294.

e no art. 133 para as demais pessoas, em ambos os casos a sua realização deve ser determinada pelo juiz na fase processual respectiva, o que também se aplica à fase das investigações, pois o Ministério Público italiano possui os poderes coercitivos necessários para o exercício de sua função de investigação (art. 378) da mesma forma que o juiz os possui na fase processual (art. 131). Também se admite a condução coercitiva do investigado, mas apenas para os atos em relação aos quais sua presença seja essencial. A privação de liberdade não pode exceder o período da diligência e, em qualquer hipóteses, não pode superar 24 horas; a doutrina recomenda que deva ser limitadíssima no tempo¹⁵⁶.

Na fase das investigações, é possível que o Ministério Público italiano ordene a condução coercitiva seja do investigado (art. 375.2.d do CPP italiano), seja das demais pessoas envolvidas na investigação (art. 377.2.c). Todavia, o art. 376 do CPP italiano estabelece que, no caso de condução coercitiva para interrogatório ou para acareação, é necessária prévia autorização judicial. Portanto, a possibilidade de determinar o próprio Ministério Público a condução coercitiva fica limitada às demais pessoas que podem intervir na fase das investigações (testemunhas, vítima, peritos) e desde que não seja para acareação. O CPP não prevê a possibilidade de a Polícia realizar condução coercitiva, apenas o Ministério Público possui esse poder. Também há previsão de condução coercitiva para a diligência de extração coativa de amostra de DNA, conforme previsto no art. 224-bis.2 do CPP. Nessas situações, a ordem do juiz para a realização da extração coativa já é acompanhada da informação que a recusa injustificada ensejará a condução coercitiva. Em situações de urgência, o Ministério Público pode determinar a realização da diligência, mediante posterior convalidação pelo juiz em 48 horas (art. 359-bis.2 do CPP italiano).

Na Alemanha, é permitida a condução coercitiva de testemunha que seja devidamente intimada e não compareça (StPO, § 51.3 e § 161a.2). Também é admissível a condução coercitiva do investigado para ser interrogado (StPO, § 163a.3 e § 133). A competência para determinar a condução de testemunhas ou do investigado é tanto do juiz na fase judicial quando do próprio Ministério Público na fase das investigações. A Polícia não possui legitimidade autônoma para determinar uma condução coercitiva, seja de testemunha ou do

¹⁵⁵ Chiavario, 2009:614.

¹⁵⁶ Chiavario, 2009:614.

investigado, nem é possível que o Ministério Público determine a condução coercitiva para a pessoa ser ouvida perante a Polícia, pois nessa situação o interrogado estará momentaneamente com sua liberdade restringida¹⁵⁷. Na fase das investigações, o Ministério Público também pode determinar por iniciativa própria a imposição de uma multa para coagir a apresentação espontânea da testemunha ou suplantá-la sua recusa em prestar depoimento (§ 51.1 c/c § 161a.2). Na ordem de intimação deve constar expressamente a advertência de que em caso de recusa de comparecimento poderá ser determinada sua condução coercitiva (§ 133.2). O período de tempo dessa condução não pode exceder o término do dia seguinte ao momento que ele foi apresentado (§ 135 c/c § 51 da StPO).

Na França, a Polícia não pode determinar por autoridade própria a condução coercitiva. Se for necessária a condução coercitiva, ela deverá ser determinada pelo Ministério Público, e ainda assim por um período máximo de 4 horas (art. 62.1 do CPP francês, especificamente para o caso de testemunha que desobedece a ordem de comparecimento imediato no caso de flagrante delito). Se no curso da oitiva surgirem indícios do envolvimento do suspeito no crime, a detenção momentânea se converte em *garde à vue* (detenção policial em flagrante delito). Já no curso da *instruction* (investigação judicial), a condução coercitiva de testemunha (*ordre de comparution manu militare*) ou do investigado (*mandat d'amener*) apenas pode ser realizada por ordem do juiz de instrução (art. 109 e 122 do CPP francês)¹⁵⁸. Nessa situação de condução coercitiva, a pessoa pode ter sua liberdade restringida por um período máximo de 24 horas, até a realização de seu interrogatório pelo juiz de instrução, após o qual a pessoa deve ser colocada em liberdade (art. 125.2 do CPP francês). Se a detenção durar mais que 24 horas sem realização de interrogatório, a detenção é considerada arbitrária, com previsão de responsabilização criminal dos policiais e magistrados que toleraram essa detenção (art. 126 do CPP francês). Há regras especiais para dilatar esse prazo no caso de a detenção da pessoa ser realizada em local distante da sede do juiz de instrução. No caso de condução coercitiva, o detido possui o direito de fazer comunicar seu estado de detenção momentânea a uma pessoa de sua

¹⁵⁷ Roxin, 2000:209; 285-287.

¹⁵⁸ Guéry e Chambon, 2009:243, esclarecem que o recurso à condução coercitiva é raro na praxe forense francesa, sendo mais usual que o juiz simplesmente redesigne a audiência e expeça nova intimação à testemunha. Guinchard e Buisson, 2009:869, destacam que para a testemunha é expedida uma *ordre de comparution*, diversa do *mandat de comparution* previsto para o suspeito do crime; mas em termos práticos, ambos possibilitam o recurso à força para assegurar o comparecimento da pessoa.

confiança e, se solicitar, de ser examinada por um médico (art. 133-1 do CPP francês)¹⁵⁹. Após o cumprimento do mandado de condução coercitiva, se a diligência resultar infrutífera, deverá ser elaborado uma ata indicando as diligências que foram realizadas (art. 134.3 do CPP francês); a jurisprudência francesa considera esse relatório uma formalidade substancial à legitimidade das diligências restritivas realizadas na revista do conduzido¹⁶⁰. No cumprimento desses mandados, deve ser respeitado o limite de horário diurno para a violação de um domicílio, se for necessário (art. 134.1 do CPP francês).

Na Suíça, a polícia possui legitimidade para expedir intimações de comparecimento, mas se for necessária a condução coercitiva, a legitimidade para expedição do respectivo mandado será do Ministério Público (CPP suíço, art. 206).

No Chile, apesar de se atribuir ao Ministério Público a titularidade para condução das investigações, se ele intimar uma testemunha para prestar depoimento na fase das investigações e essa pessoa não comparecer, a competência para determinar a condução coercitiva será do juiz das garantias (CPP Chileno, art. 23).

O TEDH tem precedentes reconhecendo que a decisão que determina a condução coercitiva para realização de ato processual deve admitir impugnação recursal¹⁶¹.

Dessa breve análise de direito estrangeiro conclui-se que há uma preocupação central em se reconduzir a condução coercitiva a um quadro mínimo de garantias, que envolvem o estabelecimento de pré-requisitos objetivos, o reconhecimento da excepcionalidade da medida, em muitas situações a subtração da possibilidade de a própria Polícia determinar a condução coercitiva, sendo tal prerrogativa atribuída ou ao Ministério Público ou, em outras situações, apenas ao juiz das garantias na fase das investigações. Finalmente, há regras objetivas de limitação temporal da medida e obrigação de posterior controle da diligência pelo Ministério Público (quando a Polícia tem legitimidade de realizá-la). Analisemos o sistema brasileiro à luz dessas diretrizes de legitimidade.

¹⁵⁹ Sobre os diversos mandados, ver Guinchard e Buisson, 2009:870-877 e Guéry e Chambon, 2009:361-403.

¹⁶⁰ Guinchard e Buisson, 2009:874.

¹⁶¹ TEDH, *Harkmann vs. Estônia; Nowicka vs. Polônia*. Ver comentários em P.P. Albuquerque, 2009:294.

4.5.2 *Pré-requisitos da condução coercitiva*

Uma diligência de condução coercitiva deve conter os seguintes pré-requisitos:

- (i) Prévia intimação pessoal do conduzido, validamente autorizada, com a advertência expressa de que sua ausência ensejará a condução coercitiva.
- (ii) Ausência de justificativa do não comparecimento inicial do conduzido.
- (iii) Ser o inquirido um sujeito passível de condução coercitiva
- (iv) Autoridade competente para expedir a ordem de condução coercitiva

O requisito da prévia intimação está diretamente ligado à excepcionalidade da condução coercitiva (e ao princípio da necessidade para justificar a restrição de direitos fundamentais)¹⁶². Ou seja, deve-se primeiro dar a oportunidade de o inquirido comparecer atendendo a uma notificação, reservando-se o uso da força apenas às situações em que não houver colaboração voluntária da testemunha, vítima ou do investigado. Assim, o princípio da necessidade recomenda que não existam, como regra, notificações de comparecimento imediato, pois essas situações corresponderiam a uma ordem de detenção imediata para oitiva, não concedendo a oportunidade de comparecimento não coativo, que é menos gravoso. Também é necessário que o inquirido seja notificado pessoalmente. Essa notificação, na fase das investigações, deve ser expedida pelo delegado de polícia, que é a autoridade competente para tanto (CPP, art. 4º). Deve constar da notificação a advertência expressa do dever de comparecimento sob pena de ter sua condução coercitiva decretada, para que a “penalidade” da condução coercitiva seja aplicada apenas ante o “dolo” de desobedecer à notificação de comparecimento.

A condução coercitiva deve ser decretada quando o inquirido não comparece dolosamente. Assim, não deve ser decretada para as situações de força maior que impediram o comparecimento do notificado. Assim, deve-se assegurar um prazo entre a ausência do inquirido e a expedição da ordem de condução coercitiva (ou um prazo que possibilite o efetivo recolhimento do mandado de condução coercitiva), para que nesse prazo o notificado apresente

¹⁶² Nesse sentido, exigido a prévia intimação para justifica a condução coercitiva: STF, AgRg na AP 458, rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, j. 12 março 2009, DJe-204 29 out. 2009; STJ, 5ª T., RHC 3.138/DF, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, j. 27 out. 1993, DJ 22 nov. 1993, p. 24968. Admitindo o uso de habeas corpus, no caso de a testemunha ter comprovado que estava no exterior quando ocorreu a audiência para a qual fora inicialmente

as eventuais justificativas de sua ausência. Preferencialmente, deve-se efetuar contato com o notificado para esclarecer o motivo de sua ausência.

É necessário que a pessoa a ser conduzida coercitivamente seja uma pessoa passível de condução coercitiva. Em regra, testemunhas e a vítima são passíveis de condução coercitiva. Parece-nos que as pessoas que não são testemunhas, mas meros informantes, ou seja, não prestam compromisso de dizer a verdade e possuem o privilégio de decidirem não prestar depoimento contra o investigado (parentes ou pessoas com uma relação de privilégio médico, religioso, ou profissional, cf. art. 206 do CPP), não deveriam ser objeto de condução coercitiva, pois se essas pessoas podem validamente decidir não testemunharem, então sua ausência deveria ser interpretada como uma expressão dessa prerrogativa, tornando-se a condução coercitiva uma diligência desnecessária, portanto violadora do princípio da proporcionalidade.

A grande complexidade da legitimidade passiva para a condução coercitiva recai sobre a figura do investigado. O STF tem precedente já relativamente antigo de que não cabe a condução coercitiva do investigado para prestar interrogatório, pois sua ausência deve ser interpretada como um exercício do seu direito constitucional ao silêncio¹⁶³. O STJ nunca questionou a possibilidade de condução coercitiva de acusado pela Polícia¹⁶⁴, admitindo-a também em relação à investigação conduzida pelo Ministério Público para testemunhas¹⁶⁵. A doutrina mais tradicional não questionou a possibilidade de se determinar condução coercitiva do investigado ou acusado¹⁶⁶, sendo que corrente mais moderna passou a questionar essa prática, ao

notificado a comparecer: STJ, 5ª T., HC 2.847/RS, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 7 nov. 1994, DJ 28 nov. 1994, p. 32622.

¹⁶³ STF, HC 80592, rel. Min. Sydney Sanches, 1ª T., j. 3 abr. 2001, DJ 22 jun. 2001, p. 23.

¹⁶⁴ Admitindo genericamente a possibilidade de condução coercitiva do acusado: STJ, 5ª T., HC 179.742/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 22 fev. 2011, DJe 14 mar. 2011. Aparentemente limitando-a às situações de necessidade, que não seria para mero interrogatório, mas seria para uma diligência de reconhecimento pessoal: STJ, 6ª T., REsp 346.677/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10 set. 2002, DJ 30 set. 2002, p. 297.

¹⁶⁵ STJ, 5ª T., REsp 761.938/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 4 abr. 2006, DJ 8 maio 2006, p. 282.

¹⁶⁶ Mirabete, 2002:336; M.P. Lima, 2008(v.2):146; Mossin, 1998:198 (este afirmando que na fase das investigações caberia a condução coercitiva, mas em juízo ela já não seria necessária, criando a curiosa situação de o delegado de polícia ter mais poderes que o juiz, pois pode determinar a condução coercitiva do investigado, mas o juiz não pode em relação ao acusado). M.M. Barbosa, 2011:106 argumenta que seria possível apenas para os atos de identificação. Já Haddad, 2000:211-215, entende que a condução coercitiva para interrogatório é um ato inútil (ante o direito ao silêncio) mas que ainda é possível de ser realizado pelo juiz (equiparando o dever de comparecer ao voto eleitoral, no qual o comparecimento é obrigatório, mas não há obrigação de votar em um candidato qualquer). Aqueles que defendem a possibilidade de condução coercitiva o fazem normalmente sob o argumento de que o interrogatório é meio de prova, uma posição que, como já visto anteriormente, deve ser relida à luz dos valores constitucionais de defesa, especialmente ante o direito ao silêncio. Registre-se como exceção a posição antiga de J.L. Almeida, 1977, que criticava ferozmente a possibilidade de condução coercitiva determinada por

argumento de que, se o acusado possui o direito de permanecer em silêncio, então sua ausência seria apenas uma expressão do exercício desse direito¹⁶⁷.

Roxin argumenta que é admissível a condução coercitiva do investigado para seu interrogatório, pois a finalidade da diligência não é apenas dar-lhe a oportunidade de falar (já que sua recusa em comparecer poderia ser simplesmente interpretada como exercício do direito ao silêncio), mas também há a finalidade adicional de informar o investigado da existência da investigação em seu desfavor e de sua situação processual de investigado¹⁶⁸.

No Brasil, também seria possível construir o entendimento de que estar presente nos atos processuais seria uma obrigação processual, que indicaria a predisposição do investigado ou acusado de acatar as decisões da Justiça e não furtar-se à aplicação da lei penal. (tanto que o art. 327 do CPP estabelece a obrigação de comparecimento quando intimado no inquérito ou ação penal, ao indiciado beneficiado com fiança). Assim, ainda que o investigado tenha o direito de permanecer em silêncio durante seu interrogatório, ele seria obrigado a comparecer no interrogatório investigativo para indicar sua predisposição em acatar as consequências do processo criminal contra sua pessoa. Ademais, o investigado possui o direito ao silêncio apenas em relação ao interrogatório de mérito, tendo um dever de fornecer os dados

autoridade policial, ao argumento de que, apesar de o inquérito ainda não ser processo, há uma relação de contraposição adversativa potencialmente processual, já que há uma relação teleológica entre a investigação e a acusação, de sorte que subtrair a restrição de direitos fundamentais do investigado ao controle judicial seria um “resquício de inquisitorialismo penal”; e concluía que a condução coercitiva para ser interrogado na esfera policial, além de ser desnecessária frente ao direito ao silêncio, se presta em termos práticos a ser um instrumento ilegítimo de pressão para a obtenção de confissões.

¹⁶⁷ Ver M.C. Cavalcante, 1996; Suannes, 1999:264-5; Fyschinger e Camargo, 2008; Nucci, 2009:558 (este argumentando que o juiz não pode determinar a condução coercitiva, mas pode considerar a recusa de comparecer como um indício de prova contra o acusado); Tourinho Filho, 2010(v.3):300 (argumentando que apenas seria possível se houvesse dúvida quanto à identidade do acusado). A jurisprudência do STF tem entendido à luz da CRFB/1988, art. 5º, LXIII (direito ao silêncio), que a pessoa investigada não pode ser obrigada a confessar, a participar da reconstituição do crime ou a participar ativamente de perícias contra si, como, por exemplo, o teste do bafômetro. Genericamente sobre a existência do princípio do *nemo tenetur* no direito brasileiro: STF, HC 94173, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 27 out. 2009, DJe-223 26 nov. 2009 (sobre o *nemo tenetur* na investigação conduzida pelo Ministério Público); STF, HC 83960, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 14 jun. 2005, DJ 1 jul. 2005, p. 56 (genericamente); STF, HC 84517, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., j. 19 out. 2004, DJ 19 nov. 2004, p. 29 (considerando que o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa). Especificamente sobre a impossibilidade de se extrair consequências negativas ao investigado diante de sua recusa a participar de exame de alcoolemia (bafômetro): STF, HC 93916, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., j. 10 jun. 2008, DJe-117 26 jun. 2008. Parece-nos que se dá amplitude muito elevada ao privilégio contra auto-incriminação para abarcar diligências que não necessitam da vontade subjetiva do investigado, mas são realizadas sobre sua pessoa. Analisando a relação entre o privilégio contra auto-incriminação e o dever de submeter-se às inspeções de trânsito sobre o estado etílico do motorista, ver Ávila, 2009:111.

¹⁶⁸ Roxin, 2000:286.

relativos à sua identificação (CPP, art. 186, *caput*), sendo, portanto, um dever do investigado comparecer ao ato de interrogatório para prestar (ou confirmar) tais informações, especialmente na fase das investigações (onde ainda pode haver equívocos sobre sua identificação). Após sua qualificação, se o inquirido desejar fazer uso de seu direito constitucional ao silêncio, tal manifestação de vontade encerraria automaticamente o interrogatório.

Há que se considerar que além da finalidade de condução coercitiva do investigado para ser interrogado, ela também será possível para diligências de investigação sobre o corpo do investigado, que exijam uma colaboração meramente passiva, como o reconhecimento pessoal, o exame clínico exterior, a identificação criminal e, excepcionalmente, alguma intervenção corporal legalmente admitida (como extração de saliva ou cabelo para exames de DNA), cf. Lei n. 12.654/2012. Nessas situações por se tratar de uma colaboração meramente passiva, elas não se encontram abrangidas pelo privilégio contra auto-incriminação¹⁶⁹.

Em síntese, parece-nos razoável aceitar-se a possibilidade de condução coercitiva do investigado para que informe sua qualificação, tome conhecimento pessoal de sua situação de indiciado e eventualmente para diligências a serem realizadas sobre seu corpo que exijam colaboração meramente passiva (portanto, que não ofendam o privilégio contra auto-incriminação). A questão a ser resolvida aqui é quem tem a competência para determinar sua condução coercitiva.

4.5.3 *Segue: a autoridade competente para determinar a condução coercitiva*

Finalmente, a questão mais complexa no âmbito dos pré-requisitos da condução coercitiva é o esclarecimento de quem é a autoridade competente para determiná-la. Não há qualquer regra que preveja que o delegado de polícia pode determinar a condução coercitiva de testemunha ou do investigado na fase das investigações. Consta do art. 218 do CPP que, na fase da instrução, se a testemunha regularmente intimada deixar de comparecer, o juiz poderá requisitar da autoridade policial ou determina a oficial de justiça a sua condução coercitiva. A doutrina majoritária afirma genericamente que esse dispositivo se aplica por analogia à fase do

¹⁶⁹ Sobre a distinção entre colaboração ativa e passiva no âmbito das intervenções corporais, ver Roxin, 2000:290-292. Admitindo a legitimidade da legislação regulamentar as intervenções corporais, ver Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:290-310.

IP, sem uma reflexão mais profunda se a autoridade competente para determinar a condução coercitiva seria o delegado de polícia ou o juiz¹⁷⁰. Já o art. 8º, I, da LC n. 75/1993, prevê a possibilidade de o Ministério Público requisitar diretamente a condução coercitiva de testemunhas.

O STF possui duas linhas de precedentes aparentemente contraditórios sobre o tema da condução coercitiva (especificamente do investigado).

Há uma sequência de acórdãos da lavra do Min. Celso de Mello sobre o poder de investigação direta do Ministério Público, indicando que este órgão deve respeitar os direitos fundamentais do investigado, entre os quais está a impossibilidade de o Ministério Público determinar a condução coercitiva do investigado¹⁷¹. Esses precedentes procuram delinear um quadro geral de garantias que o investigado possui no âmbito da investigação criminal, que se aplicam em regra às autoridades policiais e, por analogia, às investigações conduzidas pelo Ministério Público¹⁷². Reconhece-se, assim, que não pode, em regra, haver condução coercitiva do investigado determinada por quem está investigando-o, mas apenas por autorização judicial (isso quando for cabível), estando implícito na argumentação que a condução coercitiva é faticamente uma restrição à liberdade do investigado que pode dar ensejo a arbitrariedades. Relembre-se que, ainda que haja dúvidas quanto à possibilidade de delegado de polícia determinar a condução coercitiva de testemunhas, já que não há previsão legal expressa (apenas construção doutrinária por analogia e direito consuetudinário), em relação ao Ministério Público

¹⁷⁰ Afirmando genericamente a aplicação do dispositivo: Mirabete, 2002:87 (indicando que apenas a multa seria de atribuição exclusiva do juiz), Tourinho Filho, 2010(v.1):296-297 (afirmando que “o inquirido é eminentemente peça inquisitiva, e *inquisitio sine coercione nulla est...*”); Mossin, 1998:198. Indicando que tanto o delegado de polícia quanto o Ministério Público possuem o poder de condução coercitiva (sem esclarecer se de testemunha ou do próprio investigado): Mazzili, 1991:523. Com posição crítica, afirmando que a autoridade policial deve representar ao juiz para que este autorize a condução coercitiva: Rangel, 2009:147.

¹⁷¹ STF, 2ª T., HC 94173, rel. Min. Celso de Mello, j. 27 out. 2009, DJe-223 27 nov. 2009. Ver ainda outros precedentes do STF na mesma linha: HC 87610/SC, HC 90099/RS, HC 89837/DF, HC 85419/RJ. Conferir trecho do voto do relator (p. 69 do primeiro acórdão supra), no sentido de que “[...] o Ministério Público, nas investigações penais que promova por direito próprio, e sem prejuízo da permanente possibilidade de controle jurisdicional de seus atos, não poderá [...] submeter o investigado a providências restritivas de direitos que reclamem, para sua legítima efetivação, ordem judicial (vedado, desse modo, ao promotor de justiça ou ao Procurador da República, ordenar, por autoridade própria, medidas de busca e apreensão ou de condução pessoal coercitiva) [...]”.

¹⁷² Isso é expressamente indicado à p. 21 do voto do Min. Celso de Mello, relator (*op. cit.*), ao afirmar que “o indiciado é sujeito de direitos e dispõe, nessa condição, de garantias legais e constitucionais, cujo desrespeito pelas autoridades do Estado (*trata-se de agentes policiais ou de representantes do Ministério Público*), além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, revela-se apto a gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas o curso da investigação penal” (grifo nosso).

há previsão expressa da possibilidade de “notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada” (LC n. 75/1993, art. 8º, I). Assim, apesar de o STF não ter se manifestado especificamente sobre o poder de o Ministério Público requisitar por autoridade própria condução coercitiva de testemunhas, ele afirmou que não é possível determinar-se a condução coercitiva do investigado, pois essa diligência exige prévia ordem judicial.

Por outro lado, o STF tem um precedente recente e de complexa harmonização com uma teoria geral das restrições momentâneas à liberdade, constante do HC n. 107.664, no qual admitiu a legitimidade da Polícia realizar conduções coercitivas do investigado para prestar esclarecimentos¹⁷³. Nesse caso, o recorrente fora condenado por crime de latrocínio a 26 anos de prisão em regime fechado, e aviou recurso ao STJ e posteriormente ao STF para anular a condenação, ao argumento de que sua prisão foi ilegal, portanto sua confissão foi ilegal e ela seria a única prova nos autos. Consta do processo que o recorrente teria matado um empresário do ramo de *factoring* e teria subtraído alguns cheques, em seguida tendo depositado esses cheques na conta de sua irmã; após o crime, a esposa da vítima teria sustado todos os cheques

¹⁷³ Conferir: “Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONDUÇÃO DO INVESTIGADO À AUTORIDADE POLICIAL PARA ESCLARECIMENTOS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 144, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 6º DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE PRISÃO OU DE ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DESNECESSIDADE DE INVOCAÇÃO DA TEORIA OU DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA POR DECISÃO JUDICIAL, APÓS A CONFISSÃO INFORMAL E O INTERROGATÓRIO DO INDICIADO. LEGITIMIDADE. OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. USO DE ALGEMAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS IDÔNEAS E SUFICIENTES. NULIDADE PROCESSUAIS NÃO VERIFICADAS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA. I – A própria Constituição Federal assegura, em seu art. 144, § 4º, às Polícias Cíveis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. II – O art. 6º do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI. III – Legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente (art. 4º do CPP), para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. IV – Desnecessidade de invocação da chamada teoria ou doutrina dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte norte-americana e incorporada ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que há previsão expressa, na Constituição e no Código de Processo Penal, que dá poderes à Polícia Civil para investigar a prática de eventuais infrações penais, bem como para exercer as funções de polícia judiciária. V – A custódia do paciente ocorreu por decisão judicial fundamentada, depois de ele confessar o crime e de ser interrogado pela autoridade policial, não havendo, assim, qualquer ofensa à cláusula constitucional da reserva de jurisdição que deve estar presente nas hipóteses dos incisos LXI e LXII do art. 5º da Constituição Federal. [...]”. STF, HC 107644/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., j. 6 set. 2011, DJe-200 de 18 out. 2011. O precedente deste caso no STJ foi o RHC 25475/SP, rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., j. 16 set. 2010, DJe 16 nov. 2010.

subtraídos; a irmã do réu, diante da recusa de pagamento do cheque, ligou para a esposa da vítima e informou do não pagamento, tendo ela informado que se dispunha a efetuar o pagamento do cheque desde que o irmão dela fosse entregar-lhe o cheque, tendo paralelamente feito contato com a Polícia sobre a situação; o réu aceitou comparecer com o cheque devolvido para receber o dinheiro, oportunidade em que foi detido pelos policiais e ante a posse do cheque do falecido, os agentes de polícia efetuaram contato com o delegado de polícia, que ordenou que o suspeito fosse conduzido coercitivamente à DP para prestar depoimento, onde ele confessou informalmente (seguida de posterior confissão formal na presença de testemunhas ligadas ao investigado) que efetivamente era o autor do latrocínio; diante desses fatos, a Polícia representou pela prisão temporária do autor, que permaneceu, algemado no interior da DP até que o juiz expedisse um mandado de prisão (cerca de cinco horas segundo os policiais, cerca de dez horas segundo o recorrente). O STJ entendeu que, apesar de o autor não estar mais em flagrante delito nem haver mandado judicial para sua prisão, havia uma situação de dúvida quanto à posse dos cheques que indicava sua participação no crime de latrocínio e justificava sua condução coercitiva à DP para prestar depoimento, tendo o STF também endossado tal entendimento.

Esse caso possui duas questões complexas a serem analisadas: o poder de determinar condução coercitiva imediata, fora da situação de flagrante delito e sem intimação prévia e o poder de reter um suspeito da prática de crime sério nas dependências da DP enquanto se aguarda o deferimento de uma representação policial por prisão temporária.

O STJ entendeu que o poder de conduzir suspeitos e testemunhas à DP seria um poder implícito no poder de apuração das infrações penais previsto na CF/1988, art. 144 (“não faria o menor sentido incumbir à Polícia a apuração das infrações penais, e ao mesmo tempo vedar-lhe, por exemplo, a condução de suspeitos ou testemunhas à delegacia”¹⁷⁴). Já o STF entendeu que era desnecessário recorrer à argumentação da teoria dos poderes implícitos, pois tais poderes seriam explícitos no art. 6º do CPP. Todavia, na verdade, o referido dispositivo não fala explicitamente de condução coercitiva, mas apenas do dever de a autoridade policial, logo após ter conhecimento da prática do crime, ouvir o suspeito e as testemunhas.

¹⁷⁴ STJ, RHC 25475/SP, rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., j. 16 set. 2010, DJe 16 nov. 2010.

No precedente em comento, a detenção do suspeito poderia ser validamente justificada com outros argumentos, pois se ele estava na posse de cheques furtados da vítima de um latrocínio ocorrido dias antes, ainda que ele não fosse o autor do crime haveria uma séria suspeita de que ele estivesse em flagrante delito do crime de receptação de tais cheques, de sorte que recenticidade do crime (alguns dias) e tal situação objetiva de dúvida justificariam sua condução coercitiva à DP para prestar depoimentos. A solução desse caso concreto não afasta a problemática da questão da condução coercitiva imediata pela Polícia de suspeito de crime. Parece-nos que, em tese, uma lei apenas poderia regulamentar tal diligência se houvesse um fundado receio de perda da identificação do autor do crime, ou de sua fuga (requisito de necessidade) e ainda se tratasse de um crime especialmente grave (proporcionalidade em sentido estrito). Ou seja, se o suspeito do crime é uma pessoa já individualizada, com residência certa e sem perspectivas de fuga imediata (ante indícios concretos), seria arbitrária a ordem de apresentação imediata à DP para prestar depoimento, pois ela seria desnecessária, sendo suficiente uma intimação para comparecer em dia designado, sob pena (aí sim) de posterior condução coercitiva. Todavia, se o suspeito do crime é uma pessoa no momento não identificada e com residência incerta, e ela é reconhecida no curso de uma abordagem policial, todavia não apresenta documento de identificação para comprovar informação verbal sobre sua identidade, é razoável se permitir que a Polícia realize a condução coercitiva dessa pessoa à DP para esclarecer sua identidade e domicílio, sob pena de se perder a possibilidade dessa identificação. Para essa hipótese específica parece-nos correta a decisão do STF (ainda que seu enunciado seja muito mais abrangente).

O segundo problema consiste na possibilidade de se manter detido na DP um suspeito de crime grave enquanto se aguarda decisão sobre a representação policial por prisão temporária (ou preventiva). Aqui a questão é mais séria, pois não há regulamentação legal do tema. Outros países admitem essa modalidade de detenção policial preventiva para aguardar uma decisão judicial¹⁷⁵.

Em verdade, há aqui uma lacuna no sistema investigativo brasileiro. Todos os países estudados anteriormente possuem alguma modalidade de detenção momentânea para a hipótese de a Polícia localizar o autor de um crime grave, ainda que fora da situação de flagrante

¹⁷⁵ Ver comentários supra, subseção 4.4.2.

delito, exatamente para apresentá-lo à autoridade judicial e esta decidir, sob requerimento do Ministério Público, quanto à eventual prisão preventiva. Todavia, há regras para essa detenção policial preventiva, como as hipóteses de admissibilidade, o prazo máximo de duração e o mecanismo de controle (competência para determinação, formalização do ato, comunicações ao Ministério Público e ao juiz *etc.*) e especialmente sanções para a inobservância das garantias de controle. A ausência da disciplina legal, a princípio, não deveria ser suprida pela jurisprudência. Todavia, considerando a gravidade do crime investigado (no caso, um latrocínio) e a ausência de arbitrariedade policial do ponto de vista material (a lei deveria permitir tal diligência de detenção policial, mas não a previu), aparentemente os Tribunais Superiores fizeram uma aplicação velada do princípio da proporcionalidade, para legitimar uma diligência formalmente irregular mas materialmente necessária. Em última análise, o STF admitiu a validade de uma detenção policial preventiva enquanto se representa pela prisão temporária. O problema aqui é a possível generalização de um padrão de atuação policial a partir desse novo paradigma de desregulamentação legal, de ausência de controles.

Atualmente, na prática, o que eventualmente alguns policiais realizam é alongar (de forma ilegal e eufêmica) o prazo de realização do interrogatório, mantendo a pessoa em estado de detenção momentânea de liberdade durante esse período (algumas horas), para paralelamente formular uma representação pela prisão temporária ou preventiva, aguardando a expedição do mandado enquanto o suspeito está nas dependências policiais; se o mandado é expedido, a Polícia convalida uma situação de “fato consumado”, e se o mandado não é expedido, a situação ficará totalmente sem qualquer forma de controle, pois, infelizmente, não se documenta no Brasil o período de realização do interrogatório. Parece-nos mais garantista evitar essa atual praxe hipócrita e sem controles, mediante uma efetiva regulamentação legal da detenção policial preventiva de curtíssima duração.

Caso uma lei regulamente essa modalidade de detenção policial de curta duração do suspeito do crime para realizar sua oitiva imediata, ela apenas poderia ser realizada por ordem (ainda que verbal, mas posteriormente documentada por escrito) da autoridade policial (delegado de polícia). A manutenção da detenção apenas seria viável caso se vislumbre a necessidade de posterior deferimento de prisão temporária ou preventiva e deveria haver um limite legal para sua duração na esfera policial (*v.g.* 12h), bem como deveria haver a

obrigatoriedade de comunicação da restrição à liberdade ao juiz e ao Ministério Público imediatamente no momento inicial da restrição à liberdade (para se ordenar o imediato relaxamento da detenção eventualmente ilegal), sem prejuízo da posterior documentação da situação e representação pela prisão. Como se vê, o postulado do devido processo legal para a restrição de direitos fundamentais recomenda fortemente que tal “diligência” não seja meramente regulamentada em nível jurisprudencial, mas haja uma efetiva regulamentação legal do tema (inclusive para proteger os policiais de acusações de abuso de autoridade). Entendemos que enquanto não houver a edição de tal lei, a detenção policial preventiva é inadmissível, por importar em uma verdadeira prisão (uma restrição da liberdade não meramente momentânea, mas direcionada a perdurar no tempo).

Em síntese, apesar de existir o referido precedente do STF, ele cria possibilidades de arbitrariedade tão sérias que não se mostra adequado generalizar as soluções ali adotadas para um padrão de atuação policial que admita a condução coercitiva imediata do investigado para interrogatório como regra, nem a detenção policial preventiva enquanto se aguarda decisão sobre representação policial para prisão temporária ou preventiva. O correto é não admitir essas soluções como regra, por ausência de previsão legal, sem previsão de uma eventual descontaminação da ilicitude probatória em situações muito excepcionais de gravidade do crime e urgência, ante o princípio da proporcionalidade (mas conscientes do risco de efeito metástase da generalização de um procedimento deste tipo).

Sobre o tema da competência para determinar condução coercitiva, Rangel entende ser inadmissível que o delegado de polícia determine condução coercitiva de testemunha, pois tal importaria em uma interpretação extensiva de uma regra restritiva de direitos fundamentais, bem como porque a condução coercitiva importaria implicitamente na violação do domicílio da pessoa conduzida, vedado pela CRFB/1988, art. 5º, XI (já que não se está propriamente nem em flagrante delito, nem há consentimento do morador, nem há desastre ou finalidade de socorro)¹⁷⁶. Ele argumenta que deveria a autoridade policial representar ao juiz pela expedição da condução coercitiva. Em sentido semelhante é a posição de Nucci, exigindo decisão judicial para a condução coercitiva tanto do investigado quanto de testemunhas¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Rangel, 2009:148.

¹⁷⁷ Nucci, 2009:558. Outros apenas apontam a divergência, sem posicionar-se sobre o tema: Duclerc, 2009:103.

No Brasil, antes da CRFB/1988, as CPIs não podiam determinar condução coercitiva de testemunhas, devendo solicitar tal providência ao juiz, cf. art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 1579/1962. O dispositivo indica que a autoridade que realiza uma investigação não deveria ter poderes autônomos de determinar a condução coercitiva. Todavia, considerando que o art. 58, § 3º, da CRFB/1988 atribuiu às CPIs os poderes de investigação próprios da autoridade judiciária, entende-se que elas têm poder de determinar condução coercitiva de testemunhas¹⁷⁸. Mas aqui a autorização está diretamente ligada ao fato de que as CPIs possuem os poderes de investigação de autoridades judiciais, ou seja, podem determinar diligências investigativas que importam em restrições de direitos fundamentais, desde que não sejam as diligências mais graves em relação às quais haja uma reserva de jurisdição em sentido estrito (conforme construído pelo STF, como a prisão preventiva, busca domiciliar, interceptação telefônica¹⁷⁹).

Relembrando o estudo de direito estrangeiro inicialmente referido, verifica-se que em Portugal e no Chile apenas o juiz pode determinar a condução coercitiva na fase das investigações, na Itália o Ministério Público pode apenas em relação a testemunhas, não em relação ao investigado, e na Alemanha e França o Ministério Público pode genericamente. Em todos os países referidos, a Polícia não tem legitimidade autônoma para determinar uma condução coercitiva.

Creemos que o problema deve ser solucionado em dois níveis. Primeiro, em relação ao investigado, deve-se aplicar o entendimento sufragado pelo STF, de que sua condução coercitiva fora da situação de flagrante delito exige prévia decisão judicial, pois ele é o alvo da investigação, portanto trata-se de uma medida que exige garantias adicionais¹⁸⁰. Nessa situação, caso seja necessária a presença física do indiciado para algum ato de investigação e ele se recuse a comparecer, será cabível a decretação de sua prisão temporária, nos exatos termos do art. 1º da Lei n. 7.960/1989, a qual, apesar de prever sua duração pelo prazo máximo de 5 dias, deverá perdurar apenas pelo período de tempo estritamente necessário à realização da diligência que se pretende (v.g., notificar as testemunhas para uma sessão de reconhecimento). Especificamente no caso de ser necessária a presença física do investigado para que forneça sua qualificação

¹⁷⁸ Nesse sentido: Marcão e Tanamati, 2006; A. Moraes, 2007:412. Ver ainda: STF, Plenário, HC 71261, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 11 maio 1994, DJ 24 jun. 1994, p. 16651.

¹⁷⁹ Ver: STF, Plenário, MS 23652, rel. Min. Celso de Mello, j. 22 nov. 2000, DJ 16 fev. 2001, p. 92. Ver comentários em A. Moraes, 2007:409-418.

(interrogatório de qualificação), a prisão temporária com essa finalidade apenas poderia ser decretada caso efetivamente não se tenham tais informações e não seja possível obtê-las por outros meios, e ainda assim ela não poderá durar por até 5 dias, sendo essencial que ela dure apenas o estritamente necessário para a realização do interrogatório de qualificação. Não é admissível a decretação de prisão temporária para o interrogatório de mérito, pois para essa parte o investigado possui assegurado o direito constitucional ao silêncio. Em muitas situações a Polícia brasileira tem se utilizado da prisão temporária como moeda de barganha para constranger a confissão, informando ao investigado que enquanto ele não confessar não irá liberá-lo, postulando em seguida a prorrogação do prazo da prisão temporária em razão da não confissão¹⁸¹.

Em relação às testemunhas, é possível uma aplicação analógica à atuação policial do art. 8º, I, da LC n. 75/1993: se o Ministério Público pode determinar a condução coercitiva de testemunhas, é razoável que se entenda que o delegado de polícia também possui essa autoridade no âmbito do IP. Todavia, essa ordem não-judicial de condução coercitiva deve limitar-se às hipóteses em que não seja necessária uma violação do domicílio para seu cumprimento, ou seja, em situações nas quais o conduzido seja encontrado em local público; apenas assim será possível compatibilizar a diligência com a reserva de jurisdição para a violação de domicílio. Obviamente essa limitação à eficácia do mandado policial ou ministerial de condução coercitiva naturalmente conduzirá que se privilegie uma representação policial para autorização judicial para a diligência. Uma interpretação extensiva da situação de flagrante delito por desobediência poderia conceder uma legitimidade mínima à diligência: se a testemunha é intimada para prestar depoimento e não comparece, ela estaria em flagrante delito pelo crime de desobediência; todavia, não se realiza imediatamente a “detenção” para se permitir que ela eventualmente apresente uma justificativa; posteriormente, determina-se a condução coercitiva para a realização do ato processual. Se a testemunha fosse ser autuada pelo crime de desobediência, ela seria detida, conduzida coercitivamente à DP para lavratura de TC e posteriormente liberada mediante termo de compromisso. Apesar de a testemunha não estar mais formalmente em flagrante delito quando da realização de sua condução coercitiva, a eventual possibilidade de “detenção” se protraí no tempo, ante a lógica de necessidade de sua apresentação pessoal, mediante instrumentos que assegurem um mínimo de eficiência no âmbito da atividade

¹⁸⁰ STF, 2ª T., HC 94173, rel. Min. Celso de Mello, j. 27 out. 2009, DJe-223 27 nov. 2009.

¹⁸¹ Indicando essa prática ilegal: M.M. Barbosa, 2011:121.

de investigação criminal. Para a condução coercitiva de testemunhas, relevância da análise judicial da necessidade da medida é mínima, pois os requisitos da diligência são muito objetivos: indicação no IP que determinada pessoa é possível testemunha dos fatos, notificação pessoal válida, não comparecimento injustificado. Todas essas considerações apontam para a admissibilidade de uma condução coercitiva de testemunhas determinada pelo delegado de Polícia ou pelo Ministério Público.

Finalmente, por se tratar da condução coercitiva de uma modalidade de restrição momentânea de liberdade, deve haver documentação da condução coercitiva por autorização não-judicial, com comunicação imediata ao juiz (o grande fiscal das restrições de liberdade) e ao Ministério Público (responsável pelo controle externo, nessa situação cf. art. 10 da LC n. 75/1993), se não for ele mesmo o autor da ordem (seria conveniente que o Ministério Público criasse mecanismos internos de controle da determinação dessa ordem de condução coercitiva).

4.5.4 Garantias procedimentais de controle da condução coercitiva

Quanto às formalidades da diligência, podem ser elencadas as seguintes:

- (i) Formalização da ordem de condução coercitiva
- (ii) Autoridade competente para oitiva
- (iii) Respeito aos direitos do conduzido
- (iv) Documentação da realização da diligência e posterior controle pelo Ministério Público e juiz

O art. 206, parágrafo único, do CPP, ao tratar da condução coercitiva do acusado, estabelece que o juiz dará uma decisão determinando a condução coercitiva e expedirá um mandado, o qual deverá conter os requisitos do art. 352 do CPP (os requisitos do mandado de citação, *mutatis mutandis*). Assim, é necessária uma decisão formal determinando a condução coercitiva, inclusive o conduzido será informado dessa decisão quando de sua condução, conforme determina o art. 206, parágrafo único, do CPP (que pode ser aplicado por analogia às demais hipóteses de condução coercitiva).

Questão interessante e não debatida no Brasil é a autoridade perante a qual o conduzido poderá ser levado. Entendemos que no caso de condução coercitiva de testemunhas, sendo admitido anteriormente que o delegado de polícia e o Ministério Público podem determinar por autoridade própria a condução coercitiva, é coerente se admitir que a oitiva seja realizada na DP ou na sede da Promotoria de Justiça, conforme o caso. O problema mais sério parece ser o da condução coercitiva do investigado. Nessa situação, levando-se em consideração que toda pessoa detida deverá ser imediatamente apresentada ao juiz, o qual poderá realizar seu interrogatório, conforme previsto no art. 7.5 da CADH e art. 9.3 do PIDCP, ambos em vigor no Brasil, é coerente se exigir que o investigado submetido a condução coercitiva judicialmente autorizada seja imediatamente apresentado ao juiz, para ser interrogado em sua presença sobre os fatos objeto da investigação, com participação obrigatório do Ministério Público e do Defensor. Deve-se relembrar que o investigado estará nessa situação com sua liberdade momentaneamente restringida, o que justifica cautelas adicionais para evitar eventuais pressões indevidas em seu interrogatório, privilegiando-se a função primária do interrogatório enquanto meio de defesa (e apenas acidentalmente como meio de prova). Pode parecer um tanto quanto utópica essa solução em consideração às práticas policiais de atualmente, mas apenas ela é coerente com os princípios contidos nos tratados internacionais, com o mandado constitucional de proteção procedimental adequada da liberdade e com o atual quadro de absoluta omissão legislativa na regulamentação da condução coercitiva do investigado.

Deve-se reconhecer à pessoa que sofre uma condução coercitiva um conjunto mínimos de direitos. Primeiro, ela possui o direito de ser comunicada do motivo de sua condução coercitiva. Uma condução sem a comunicação das razões de sua realização consistiria numa abdução sem justificação, com potencial de graves máculas psicológicas desnecessárias.

Em segundo lugar, a pessoa conduzida possui o direito de ter sua condução comunicada a uma pessoa da família e a um advogado. Deve-se aplicar por analogia o art. 5º, LXII e LXIII, que asseguram o direito à assistência da família e de advogado, pois se trata faticamente de uma restrição à liberdade, ainda que por tempo curto. De forma adicional, deve-se reconhecer à pessoa o direito de também comunicar seu empregador, para informar de eventual atraso no serviço.

Em terceiro lugar, a pessoa conduzida coercitivamente possui o direito a não sofrer constrições desnecessárias. Isso significa que o uso de algemas apenas seria justificado se houver concretamente uma tentativa de fuga ou um ato de agressividade para com os policiais, devidamente documentado. Usualmente, a pessoa conduzida coercitivamente não apresenta um perigo à ordem pública, pois se trata de uma testemunha que não compareceu após a regular intimação seja por esquecimento, menosprezo a seriedade da intimação, receio de comparecer, seja ainda por não desejar colaborar com as investigações. Portanto, em regra, o uso de algemas não será necessário, a presença física da Polícia determinando o acompanhamento coativo (e o aspecto simbólico do recurso iminente ao uso da força para superar eventual resistência) já serão suficientes para assegurar o cumprimento da diligência.

Em quarto lugar, a testemunha conduzida coercitivamente possui o direito de não ser colocada no mesmo local destinado aos autores de crimes que estão cumprindo medidas restritivas de liberdade em razão de prisão preventiva ou pena definitiva. Ou seja, não deve ser colocada em cela, mas deve preferencialmente permanecer num ambiente intermediário entre a sala de espera (onde a pessoa ainda goza de plena liberdade para sair do estabelecimento policial, ministerial ou judicial) e a cela (onde estão os autores de crimes), por exemplo, uma sala no interior das dependências policiais, da qual não poderá sair de forma desapercibida. Se não houver tal local intermediário, deverá ficar na sala de espera sob vigilância de um policial, mas não por isso algemada a bancos nem em cela. Todavia, uma tentativa de fuga ou um ato de hostilidade pode justificar um progressivo agravamento das condições de detenção (respeitando-se os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade da restrição agravada).

O conduzido também possui direito de receber alimentação, às custas do Estado, se o período da condução coercitiva estender-se até o período de uma das quatro refeições ordinárias (café da manhã, almoço, lanche da tarde ou jantar)¹⁸². Mesmo no caso de presos provisórios que são conduzidos (escoltados) à audiência para participar dos atos

¹⁸² O art. 64 do CPP francês exige que os horários de alimentação sejam indicados na ata da *garde à vue*. Segundo Guinchard e Buisson, 2009:538, trata-se de uma garantia destinada a permitir que as autoridades judiciárias possam fiscalizar as condições de realização das diligências restritivas de direitos fundamentais.

processuais, essa garantia de alimentação adequada e oportunidade de tempo suficiente para a higiene pessoal não pode ser suprimida¹⁸³.

O conduzido tem o direito a que sua detenção não se prolongue além do estritamente necessário para a realização do ato processual. Infelizmente, não há regulamentação do prazo máximo que se admite a restrição de liberdade para efeito de condução coercitiva. À míngua de regulamentação legal, seria possível aplicar-se, por analogia, o prazo máximo admissível como o prazo da entrega da nota de culpa no caso de prisão em flagrante: 24 horas, cf. art. 306, § 2º, do CPP. Ou seja, se até mesmo no caso de prisão em flagrante é necessário concluir-se todos os procedimentos de oitiva das diversas testemunhas e do autuado em 24 horas, com muito mais razão no caso de mera condução coercitiva para ouvir apenas uma pessoa, esse prazo deve ser respeitado. Todavia, esse prazo cria apenas uma zona de certeza negativa: com certeza uma condução coercitiva que se alongue mais de 24 horas será manifestamente ilegal. Todavia, ele ainda não resolve o problema totalmente, pois também esse prazo de 24 horas já é per si excessivo para se ouvir tão somente uma pessoa. Em regra, considerando-se a hipótese excepcional de se deter uma pessoa durante a manhã e se realizar sua oitiva no início do expediente forense, ordinariamente vespertino, parece claro que, em regra, o prazo da condução coercitiva não poderia exceder a 12 horas para as conduções coercitiva de atos judiciais, sendo necessariamente mais curto para as diligências policiais (onde o expediente é ininterrupto). Assim que concluída a diligência para a qual foi ordenada (ou o aguardo de eventual acareação iminente, em razão da oitiva de outras testemunhas), a restrição à liberdade deve cessar imediatamente.

Ao término da diligência, deve ser reconhecido ao conduzido o direito de receber uma documentação formal da diligência de sua condução coercitiva, como ato de transparência da atuação policial, permitindo-se-lhe, se for o caso, demandar perante as instâncias cabíveis a reparação dos direitos que eventualmente entender violados, em caso de irregularidade. Assim, deverá ser realizada uma ata da condução, indicando os policiais envolvidos na diligência em suas diversas etapas, o período de tempo no qual a pessoa teve sua liberdade restringida, o local onde foi inicialmente detida, as intercorrências durante a detenção, a eventual necessidade

¹⁸³ Indicando tais problemas na conduções coercitiva de presos provisórios para o interrogatório: Fyschinger e Camargo, 2008.

(sempre excepcional) de utilizar instrumentos especiais de imobilização (como algemas), a necessidade ou não de uso da força, a necessidade ou não de realização de uma violação domiciliar para realizar a diligência, onde o conduzido ficou mantido durante o período que antecedeu sua oitiva, os horários nos quais foi permitido ao conduzido alimentar-se e outras informações importantes. Se for o caso, essas informações podem constar do termo de depoimento da testemunha.

Se a diligência de condução coercitiva de testemunha ocorre por iniciativa policial, a ata da diligência deve ser obrigatoriamente encaminhada ao juiz e ao Ministério Público, este último nos termos do art. 10 da LC n. 75/1993. Isso porque a condução coercitiva não deixa de ser uma forma de restrição da liberdade de uma pessoa, motivo pelo qual é de se aplicar todas as garantias inerentes ao estado de privação de liberdade, o que abrange a obrigação de documentação e posterior controle da diligência. Aplica-se aqui, por analogia, todas as considerações já tecidas quanto à obrigatoriedade de comunicação ao Ministério Público e ao juiz das detenções em flagrante delito que posteriormente não se convolam formalmente em prisão em flagrante, mas que já configuram uma restrição momentânea à liberdade de locomoção.

4.6 Controle de identificação

4.6.1 Considerações iniciais

O controle de identificação pode ser definido como “o ato de um agente da autoridade pública, constituindo em solicitar a um particular, sob as condições previstas em lei, de justificar sua identidade com a finalidade de avaliar a justificação apresentada, em todos os locais onde esse agente de autoridade se encontre legalmente”¹⁸⁴.

Segundo Correia, o controle de identificação não seria um mero ato material da polícia, mas é um verdadeiro ato administrativo, já que se traduz em uma ordem de uma autoridade a um cidadão de esclarecer sua identificação, com a possibilidade de a recusa ensejar a tomada de outras medidas jurídicas¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Decocq *et al.*, 1998:537.

¹⁸⁵ Correia, 1994:5.

Há dois momentos distintos no controle de identificação: (a) o controle de identidade, ligado ao momento em que o agente policial solicita à pessoa sua identificação (informação verbal e comprovação documental); e (b) a verificação de identidade, ligada ao momento em que a pessoa não justifica suficientemente sua identidade (ou queda-se silente) e, portanto, será, em tese, necessário um procedimento de confirmação das informações prestadas – com a problemática da admissibilidade jurídica (ou não) da retenção momentânea de sua liberdade para se comprovar a identificação¹⁸⁶.

Assim, deve-se distinguir o controle de identificação ora referido da identificação criminal, prevista no art. 5º, LVIII, da CRFB/1988, segundo o qual o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, e disciplinada pela Lei n. 12.037/2009 (antigamente na Lei n. 10.054/2000). A identificação criminal consiste na colheita de impressões digitais, fotografia ou eventualmente amostra genética, de uma pessoa suspeita da prática de um crime, no âmbito de um procedimento de investigação criminal (art. 5º e 5º-A da Lei n. 12.037/2009). O fato de a Lei n. 12.037/2009 regulamentar apenas a situação de identificação no curso de uma investigação fica claro de seus art. 3º, III (sobre o indiciado portar documentos de identidade distintos), inciso IV (que fala em necessidades da investigação criminal), e especialmente no parágrafo único do art. 3º, relativo à juntada ao inquérito ou outra forma de investigação dos documentos apresentados, ainda que insuficientes. Portanto, referida legislação não regulamenta a situação de uma pessoa ser abordada em via pública para exibir seus documentos a um policial fora da situação de suspeita concreta de um delito.

O que existe na legislação brasileira é tão somente uma inferência indireta à possibilidade de agentes públicos solicitarem a cidadãos que se identifiquem. Nesse sentido, o art. 68 da Lei de Contravenções Penais – LCP, prevê uma contravenção consistente em “recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência”, sob pena de multa, e ainda (no parágrafo único do mesmo dispositivo) a previsão de pena de prisão de um a seis meses se houver declaração inverídica. Portanto, esse dispositivo prevê, a *contrario sensu*, que é possível que um servidor público (sem especificar quem), solicite “justamente” de alguém (sem

¹⁸⁶ Diferenciando essas duas fases: Decocq *et al.*, 1998:535. Entre nós, diferenciando identificação criminal de constatação da identidade, ver Alfêres, 2010.

especificar os pressupostos da situação “justa”) informações sobre a própria identidade (informações orais, sem necessidade de apresentação de documentação). Fica implícito no dispositivo que houve um controle de identidade, para ser viável que a omissão na identificação constitua a contravenção penal referida, todavia não prevê a lei quais seriam os pressupostos da medida, quem pode realizá-la, quais os limites de restrição de direitos envolvidos na diligência (por quanto tempo pode um policial deter momentaneamente uma pessoa para solicitar sua identificação, o que fazer se o policial considerar insuficiente a informação apresentada), nem qual será o procedimento de controle da medida (documentação e fiscalização)¹⁸⁷.

Por outro lado, há previsão no art. 307 do CP do crime de falsa identidade, consistente em “atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”. Esse crime indica que a pessoa atribuiu-se uma falsa identidade (portanto, uma conduta ativa de prestar informação falsa, diversa da conduta meramente omissiva na contravenção penal de omissão de identificação). Se o autor presta informação falsa sobre a identidade, ela pode ter sido prestada de forma espontânea, para induzir uma pessoa a erro e obter uma vantagem não patrimonial (pois nessa última situação, a finalidade de proveito patrimonial ensejaria configuração do crime de estelionato, que absorveria a falsa identidade¹⁸⁸) ou mediante solicitação específica da autoridade pública, e essa última situação permite uma recondução (novamente implícita) à possibilidade de um controle de identificação.

Há, portanto, uma lacuna legal em termos de regulamentação do controle de identificação no Brasil, em clara violação do princípio do Estado de Direito e da legalidade, os quais exigiriam uma devida regulamentação legal dessa atividade policial, já que ela envolve um nível de restrição de direitos fundamentais, ainda que superficial.

¹⁸⁷ O tema da necessidade de pressupostos de fato para um controle de identificação é pouco discutido na doutrina brasileira. Sobre o tema, afirma *en passant* Tucci, 2004:339: “Em qualquer hipótese, a identificação ocasional, por mínima prudência e acatamento à regra geral, deve exsurgir de precedente determinação fundamentada da autoridade”. O mesmo sentido, a doutrina argumenta que a objetividade jurídica da referida contravenção penal é “o normal funcionamento da administração pública” e ainda que “a qualidade da solicitação ou exigência deve ser legal, legítima” (Jesus, 2009:235-6), sem ficar muito claro em quais situações seria efetivamente legítimo esse controle de identificação, ou seja, seus pressupostos de fato. Admitindo o controle de identificação policial para finalidades de segurança pública no Brasil, ver Sérgio Sobrinho, 2003:59-61.

¹⁸⁸ Esse tema não comporta muitas divergências na doutrina; ver por todos Mirabete, 2005:2296.

A diligência de controle de identificação, apesar de largamente utilizada pela Polícia, é efetivamente controvertida. Segundo análise sociológica de Jobard, na França, os atos de controle de identificação se tornaram um espaço de comercialização simbólica de informação, ou seja, é um instrumento de relembrar uma pessoa que sua presença em determinado local não é bem vinda (v.g., um mendigo ou ébrio presente numa área frequentada pela classe média), ou ainda pode constituir um instrumento de pressão para obter outros atos de colaboração, como prestar informações (indicar que o corpo da pessoa está momentaneamente sob o poder dos policiais)¹⁸⁹. Em outras palavras, o controle de identidade pode se tornar um instrumento de controle da impertinência da existência social de uma pessoa em um determinado local, relembrando-a que aquele é um local sob proteção da Polícia (territorialização da ação policial) e que ela deveria se recolher aos outros locais de desordem social (onde certo nível de criminalidade é tolerado)¹⁹⁰. Delmas-Marty classificam os controles de identificação sem pressupostos como um mecanismo típico de Estado autoritário¹⁹¹. Em sentido semelhante, Bouloc considera que não é propriamente o controle de identidade em si que faz com que a população tenha reservas quanto à legitimidade dessa diligência, mas especialmente as condições nas quais ele é realizado¹⁹².

Portanto, há que se ter cuidados para que o controle de identificação não se transforme de medida de segurança, ou de investigação, para um instrumento de sanção informal fundada na periculosidade e não na culpabilidade¹⁹³.

4.6.2 Dever de se identificar e abrangência da identificação

A primeira discussão que deve ser superada é se existe ou não um dever genérico de se identificar perante autoridades policiais. Como visto, o art. 68 da LCP parte da premissa que sim. O dever de se identificar, em se tratando de testemunhas, deriva do dever fundamental de cooperação com a segurança pública, previsto no art. 144, *caput*, da CRFB/1988. Em relação aos controles administrativos de identificação, eles podem ser justificados ainda nessa

¹⁸⁹ Jobard, 2002:45.

¹⁹⁰ Jobard, 2002:60. Indicando pesquisas inglesas sobre o mau uso da prerrogativa de controle de identidade, v. Cuadrado Salinas, 2010:238; Darbyshire, 2008:76.

¹⁹¹ Delmas-Marty, 2004:228-231.

¹⁹² Bouloc, 2010:384.

mesma cláusula: determinadas atividades, por serem inerentemente perigosas, podem exigir que se realize um controle no acesso das pessoas, que pressupõe sua identificação; assim, a liberdade de locomoção seria tangencialmente restringida pelos interesses comunitários de segurança, em relação aos quais todos têm o dever de colaborar. A questão que pode colocar algum problema quanto à existência de um dever de identificação é em relação à pessoa suspeita da prática do crime e a sua eventual colisão com o direito ao silêncio, portanto, com o privilégio contra auto-incriminação, cf. CRFB/1988, art. 5º, LXIII e CADH, art. 8.2.g.

A doutrina majoritária entende que o direito ao silêncio abrange tão somente o interrogatório de mérito, não o interrogatório de identificação, nos exatos termos do art. 186 do CPP, que prevê que a informação sobre o direito ao silêncio apenas ocorrerá após a qualificação do interrogado¹⁹⁴. Todavia, segmento doutrinário mais recente, e ainda minoritário, vem defendendo que o direito ao silêncio abrangeria também o interrogatório de identificação. Entendemos que não assiste razão à corrente mais moderna. Isso porque identificar-se perante as autoridades nas situações em que haja uma justa causa para se solicitar tal identificação é um dever cívico inerente à vida social. Esse dever de identificação visa evitar que pessoas estranhas ao fato venham ser indevidamente responsabilizadas, seja pela omissão de identificação (com o risco de se induzir a erro as autoridades públicas), seja, o que é ainda mais grave, pelo fornecimento da identificação de um terceiro inocente (com o possível envolvimento doloso desse inocente em um processo criminal).

O STJ ainda persiste proferindo decisões ao entendimento de que criminalizar a falsa identidade (art. 307 do CP) no curso do interrogatório seria inconstitucional ante o privilégio contra autodeterminação¹⁹⁵, mas o STF acabou por pacificar o tema, com uma atual

¹⁹³ Argumentando sobre a o risco de ações policiais fundadas na periculosidade e não na culpabilidade no âmbito da atividade de prevenção criminal, v. Valente, 2013:213-216.

¹⁹⁴ J.G. Silva *et al.*, 2011:55; R. Greco, 2012:264.

¹⁹⁵ A jurisprudência do STJ oscilou durante algum tempo sobre a admissibilidade de configurar-se o crime de falsa identidade quando a pessoa abordada é suspeita da prática de um crime, diante do privilégio contra auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), com a discussão se o direito ao silêncio englobaria ou não o direito de “mentir” sobre a própria identidade. A atual orientação do STJ é na direção da atipicidade da conduta. Nesse sentido, ver diversos precedentes: STJ, 5ª T., HC 167.520/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 19 jun. 2012, DJe 28 jun. 2012; STJ, Rcl 4.526/DF, rel. Min. Gilson Dipp, 3ª S., j. 8 jun. 2011, DJe 30 ago. 2011; STJ, 5ª T., HC 188.141/AL, rel. Min. Laurita Vaz, j. 16 jun. 2011, DJe 28 jun. 2011. STJ, HC 173.545/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 3 maio 2011, DJe 1 jun. 2011. STJ, 6ª T., HC 140.944/MS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21 out. 2010, DJe 16 nov. 2010. STJ, 5ª T., HC 56.991/MS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 26 set. 2006, DJ 16 out. 2006, p. 398. Todavia, entendemos que a situação deve configurar o crime de falsa identidade, diante da

jurisprudência firme no sentido de que o crime de falsa identidade não viola o privilegio contra auto-incriminação¹⁹⁶. Existe a possibilidade de esse crime lesar os direitos de terceiros inocentes. Todavia, o STF não exige para a configuração típica desse crime que haja efetivamente essa lesão aos interesses de terceiros, basta a conduta de fornecer identificação falsa, ainda que seja de pessoa inexistente, o que corrobora a existência de um dever de identificação. Ainda que a finalidade da falsa identidade seja o de acobertar seus antecedentes criminais ou ocultar sua situação de foragido, haverá o crime, pois essa finalidade não é lícita. Apesar de o STF não ter julgado especificamente o caso da omissão de identificação, em alguns precedentes chegou a argumentar, em *obiter dictum*, que o questionamento para se identificar seria uma “determinação legal”, sob pena de aplicação do art. 68 da LCP (normalmente em casos onde há suspeita concreta da prática de crime)¹⁹⁷. Esse entendimento de obrigatoriedade de prestar informações no interrogatório de identificação deriva da própria natureza pública das normas processuais, que visam não apenas viabilizar a concretização da pretensão punitiva estatal, mas também evitar que um eventual inocente venha ser envolvido na persecução penal, sendo um dever processual do sujeito passivo da persecução penal¹⁹⁸. Conclui-se que há um verdadeiro dever de identificação, mesmo para o suspeito do crime.

Outra questão é sobre a abrangência do dever de se identificar. A lei não esclarece o que seria suficiente para se considerar como cumprido em relação ao dever de identificação. Seria essencial exhibir um documento de identificação? No Brasil, não há qualquer lei exigindo que as pessoas sejam obrigadas portar documento de identificação em via pública, sob pena de sofrerem uma detenção para identificação, fora do quadro de uma suspeita concreta da prática de crime em flagrante delito. Essa é uma intromissão extremamente grave em seus

convicção do equívoco nas premissas dessas decisões, pois o direito à presunção de inocência não pode ser levado ao limite de permitir a chicana com os órgãos de segurança pública, pois a identificação é um dever cívico de todas as pessoas, de se responsabilizarem por seus atos; a questão fica especialmente complexa quando se considera que pessoas inocentes poderão ver-se indevidamente envolvidas na persecução penal diante da informação de nome falso, situação que poderá ensejar efetiva lesão a direitos de terceiros e, portanto, lesar bens jurídicos e merecer uma resposta de dissuasão.

¹⁹⁶ Conferir precedente do Plenário do STF: “O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes”; STF, Plenário, RE 640139 RG/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 22 set. 2011, DJe-198 14 out. 2011. De forma idêntica: STF, 2ª T., HC 112176, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14 ago. 2012, DJe-168 27 ago. 2012. Ver ainda no mesmo sentido, decisões do STF: RHC 107.632/DF, HC 72.377, HC 92.763/MS, RE 470.944/DF, RE 561.704-AgRg/SP, RE 640.139/DF.

¹⁹⁷ STF, 1ª T., HC 103.313, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23 nov. 2010, DJe-047 14 mar. 2011, voto do relator, p. 3.

direitos fundamentais, não sendo admissível que a mera cláusula geral de poder de polícia autorize tamanha restrição de direitos fundamentais (uma detenção momentânea). Nesse ponto, as limitações do sistema brasileiro se evidenciam diante da absoluta ausência de regulamentação do controle de identificação: nenhuma lei obriga as pessoas a portarem obrigatoriamente documento de identificação para circular nas vias públicas, não há sequer uma regulamentação da diligência de controle de identificação e, portanto, não seria admissível uma interpretação ampliativa desse diminuto arcabouço legal (ou melhor, uma interpretação no vazio normativo, que se consistiria em verdadeira atividade legislativa)¹⁹⁹.

Conclui-se que, em regra, as pessoas não são obrigadas a portar documento de identificação e, portanto, a mera prestação verbal de informações sobre sua identificação é suficiente para satisfazer a exigência de identificação, para os fins do art. 68 da LCP. Sem prejuízo da retenção do abordado por alguns breves instantes para se realizar alguma diligência de confirmação imediata da veracidade desses dados (v.g., ligação telefônica para uma central de polícia para se confirmar os dados), havendo a possibilidade de detenção do abordado por falsa identidade apenas se for imediatamente possível constatar-se essa falsidade (algo raro na prática). Essa solução nem sempre será suficiente, pois há a possibilidade de uma informação falsa de identidade ensejar a frustração de toda a diligência de controle de identificação, mas é o que se permite diante do atual quadro normativo no Brasil. Isso vale para a identificação de possíveis testemunhas de crimes, para controles de identificação de mera segurança pública, para a suspeita de a pessoa ser foragida da Justiça e outras situações fora da suspeita concreta da prática de um crime.

Todavia, especificamente para essa última situação, se uma pessoa é a suspeita da prática de um crime e não se está mais diante de uma situação de flagrante delito (onde seria legítima sua prisão), parece-nos razoável admitir que o sistema constitucional brasileiro admita uma regulamentação infraconstitucional do controle de identificação, prevendo-se uma retenção de curtíssima duração para realizar-se o controle da pessoa que não se identifica civilmente (não

¹⁹⁸ Sérgio Sobrinho, 2003:75-87; M.R.P.M.C. Santos, 2010.

¹⁹⁹ Sobre a desnecessidade de se andar em via pública com documento de identificação, ver Sérgio Sobrinho, 2003:61. Em sentido contrário, com posição a nosso ver obsoleta, entendendo que há um dever de portar documento de identificação, cuja ausência autoriza condução coercitiva para a Delegacia de Polícia, ver Lazzarini, 1999:220. Inclusive defendendo que se caso na DP se verificasse que o abordado era um vadio, deveria ser

apresenta documento de identificação), diante de hipóteses de fundada suspeita da prática de crimes taxativamente previstos, com limitação temporal pré-definida e instrumentos de controle pelo juiz e Ministério Público. Todavia, atualmente tal lei não existe. Apesar dessa omissão legislativa, como veremos mais abaixo, admitimos a admissibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para se solucionar a colisão de direitos fundamentais no caso, ou seja, para se admitir a condução coercitiva imediata para identificação criminal do suspeito da prática de crime grave que não porta documento de identificação.

A próxima questão a ser solucionada é quais os dados qualificativos que podem ser exigidos para uma pessoa se identificar, sob pena de configurar a contravenção penal de omissão de identificação. O próprio preceito primário da referida contravenção penal indica quais dados são de informação obrigatória: “dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência”. No âmbito dos dados de identificação de informação obrigatória, estão incluídos o nome, a filiação, data e local de nascimento e o número do documento de identificação. Há quem entenda que os dados relativos à “residência, meios de vida ou de profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce sua atividade, vida pregressa” estariam abrangidos pelo direito ao silêncio, pois são informações que podem ter consequências diretas na configuração criminal dos fatos investigados, portanto abrangidos pelo direito ao silêncio²⁰⁰. Assim, parece razoável reconduzir o dever de se identificar ao núcleo essencial da diligência: os dados pessoais de identificação.

O controle de identificação também pode abranger uma ordem de retirada de coberturas do rosto para possibilitar a identificação facial do abordado, inclusive para se comparar se o rosto do abordado é idêntico ao que consta do documento de identificação²⁰¹. A hipótese tem aplicação no caso de uso de máscara ou balaclava (v.g., durante uma manifestação coletiva, ou de um suspeito de ter praticado um crime). Também pode ocorrer no caso de mulheres islâmicas que portem a burca ou nicabe, pessoas Sikh, Hindus ou Rastafáris, mas aqui deve haver fundada suspeita de que a pessoa abordada está utilizando-se da indumentária religiosa com a finalidade de ocultar ilicitamente a sua identidade (e não simplesmente porque a

autuado pela respectiva contravenção penal, uma postura clara de institucionalização da arbitrariedade às classes baixas.

²⁰⁰ J.G. Silva *et al.*, 2011:55; Nucci, 2009:415.

²⁰¹ Nesse sentido: Inglaterra, PACE 1984, Code A, item 2.15.

indumentária religiosa sempre oculta a identidade), bem como deve haver o devido respeito ao sentimento religioso da pessoa abordada, realizando-se a constatação da identidade por pessoa do mesmo sexo e em local reservado.

Caso a diligência exceda-se à mera solicitação de retirada de uma cobertura da face, com uma revista do corpo do abordado em busca de outros sinais de identificação (como cicatrizes, tatuagens ou particularidades corporais), cremos que a diligência deve ser reconduzida à lógica das revistas pessoais, ainda que com finalidade de identificação²⁰². E caso excedam-se ainda mais, para procurar documentar outros sinais de identificação, como altura, peso, anotação de características corporais e fotografia, elas deverão ser reconduzidas ao quadro legal da identificação criminal.

4.6.3 Breve visão de direito comparado sobre o controle de identificação

A compreensão de como essa diligência é regulamentada em outros países permite clarear a atividade interpretativa no Brasil, delimitando o que é arbitrário e o que pode ser admissível.

Em Portugal, a diligência de “identificação de suspeito e pedido de informações” está regulamentada no art. 250 do CPP. Para sua realização é necessária fundada razão de que a pessoa praticou crimes, de ter contra si um mandado de prisão expedido ou de se tratar de um estrangeiro irregular. Caso o abordado não apresente documento hábil à identificação, ele terá a alternativa de solicitar que alguém lhe traga os documentos, acompanhar os policiais até o local onde estão os documentos, ou de ser identificado por terceira pessoa já identificada. Caso ainda assim não seja possível sua identificação, ele poderá ser conduzido coercitivamente ao posto policial mais próximo, pelo prazo estritamente necessário, não superior a seis horas, para realizar sua identificação criminal e para ele informar seu endereço para notificações. Ao final, deverá ser lavrado auto da diligência, que será posteriormente encaminhado ao Ministério Público para o controle da diligência (CPP português, art. 250.7 c/c art. 253.2).

²⁰² Reconduzindo a busca de sinais corporais de identificação ao *rilievi* (diligência semelhante à revista), ver Lupária, 2009:197.

Na Itália o CPP, art. 349, regulamenta apenas a diligência de tomada de identificação quando a pessoa é suspeita da prática de um crime ou se trata de possível testemunha da prática de um crime. Nessa situação, caso a pessoa seja abordada pela Polícia e se recuse a se identificar ou se fornecer documentos em relação aos quais há dúvidas de autenticidade, ela poderá ser conduzida coercitivamente (*accompagnata*) até um posto de Polícia e ali ser mantida pelo período necessário à identificação, que não pode ser superior a 12 horas²⁰³. Esse procedimento de “acompanhamento” deve ser imediatamente (desde o início) comunicado ao Ministério Público que, se verificar que ele é ilegal, deverá ordenar imediatamente a liberação da pessoa abordada art. (349.5 do CPP italiano). Ao final da diligência, deve haver uma nova comunicação ao Ministério Público com o horário de liberação da pessoa acompanhada (art. 349.6). Essa diligência de condução coercitiva para realização do controle de identificação é nominada por parte da doutrina como sendo um verdadeiro *fermo di polizia giudiziaria* destinado à identificação pessoal²⁰⁴. E diante da reconhecida fragilidade constitucional dessa restrição da liberdade, acaba-se por estender-lhe as garantias de controle às da prisão em flagrante, com controle dos horários de início e término pelo Ministério Público²⁰⁵.

Na Espanha, o art. 20 da LO 1/1992 (Lei de proteção à segurança cidadã) regulamenta a diligência de controle de identificação em vias públicas. Conforme esse dispositivo, para o exercício das funções de “indagação” ou prevenção, é possível realizar-se a identificação de pessoas e respectivas comprovações, em via pública em no local em que for requerido, ou seja, não está necessariamente ligado a uma investigação criminal, mas a qualquer suspeita genérica de possível risco à ordem pública. O exercício dessa faculdade é vinculado à necessidade de proteção da segurança cidadã, ou seja, a prevenção da prática de crimes ou de situações de perigo à coletividade. Caso a pessoa se identifique, a diligência estará concluída. Todavia, caso a pessoa não possa identificar-se no local, e sendo ainda necessária a identificação para impedir a prática de um delito ou para sancionar uma infração, os policiais poderão requerer a quem não possa ser identificado que os acompanhe à unidade policial mais próxima que tenha

²⁰³ Sobre o controle de identificação admitir implicitamente a condução coercitiva, ver Chiavario, 2009:615.

²⁰⁴ Lupária, 2009:199; Ferrajoli, 2006:235. A Lei n. 155/2005 (aprovada no quadro de “combate” ao terrorismo) veio permitir que, caso o procedimento de identificação seja especialmente complexo (v.g., com intervenção de intérprete ou de autoridade consular), será possível que, mediante prévio aviso (ainda que oral) ao Ministério Público, a diligência se prolongue por até 24 horas, situação em que será facultado ao abordado realizar o contato com um familiar (CPP italiano, art. 349.4).

os meios adequados para realizar a identificação (art. 20.2 LO 1/1992). Essa detenção momentânea da liberdade pode durar apenas o tempo imprescindível para que se realize a identificação. Nas dependências policiais deverá haver um livro de registro para anotação de todas as diligências de controle de identificação que forem realizadas, devendo constar desse registro o motivo e a duração das mesmas, devendo esse livro estar a todo momento à disposição da autoridade judicial e do Ministério Público. Além dessa regra de controle, o Ministério do Interior deverá remeter periodicamente um extrato das diligências de identificação ao Ministério Público (art. 20.3). Finalmente, há previsão de responsabilidade criminal para o caso de resistência ou negativa infundada de identificar-se ou de realizar as diligências de comprovação da identidade (art. 20.4)²⁰⁶.

Na França, o art. 78-1 do CPP estabelece que todas as pessoas que se encontrem no território francês devem aceitar se submeter a um controle de identidade nos termos legais. Essa obrigação legal legitima uma breve retenção de liberdade, no local da abordagem, necessária para confirmar a identidade. As razões que justificam a realização de um controle de identificação são as seguintes (art. 78-2): suspeita de ter cometido ou ter tentado cometer um crime, suspeita que a pessoa se prepara para cometer um crime²⁰⁷, suspeita que a pessoa é uma possível testemunha de crime ou delito²⁰⁸, suspeita que a pessoa está envolvida em um procedimento de investigação ordenado por uma autoridade judiciária²⁰⁹. Também é possível o controle de identidade para prevenir uma perturbação à ordem pública e assegurar a proteção de pessoas ou bens (art. 78-2.3), ou seja, um controle de identidade não ligado à prática de crimes,

²⁰⁵ Questionando a legitimidade constitucional dessa prisão para averiguação da identidade: Ferrajoli, 2006:255; Ichino, 199:142.

²⁰⁶ Essa regramento parte do pressuposto que há uma obrigação de todo cidadão ter documento de identificação após os 14 anos, sob pena de pagamento de multa administrativa. Esse dispositivo sobre o controle de identificação foi questionado perante o Tribunal Constitucional Espanhol, que o considerou compatível com o art. 17.1 da Constituição Espanhola de 1978, mas que deveriam ser aplicadas as garantias penais tradicionais, exceto o privilégio contra auto-incriminação (que não alcançaria a mera identificação). Ver STC 341/1993, *apud* Oliva Santos *et al.*, 2007:397.

²⁰⁷ Segundo a jurisprudência francesas, algumas reações corporais externas podem ser indicativas da suspeita necessária para justificar a ação da Polícia: o fato de caminhar em estado indicativo de embriaguez ou intoxicação, de esconder-se da Polícia com o rosto encapuzado (ou seja, fatos concretos aferíveis); não justifica uma abordagem simples denúncia anônima não confirmada por outros elementos de informação. Boulloc, 2010:386.

²⁰⁸ Não é possível submeter uma possível testemunha de contravenção à coerção do controle de identificação, pois a diminuta gravidade da infração não justifica essa restrição. Decocq, 1998:545.

²⁰⁹ Além dessas finalidades indicadas na lei, Decocq *et al.*, 1998:537, indicam outra finalidade implícita: verificar se a pessoa abordada não possui contra si um mandado de prisão expedido, ou se é procurada pela Justiça.

mas com finalidades de polícia administrativa de segurança²¹⁰. Esse controle de identificação de segurança pública não pode ser generalizado, mas deve recair sobre uma pessoa concretamente individualizada, diante de um indício concreto de risco à segurança de pessoas e bens, pois “os controles de identidade generalizados e discricionários são incompatíveis com o respeito às liberdades individuais”²¹¹. Finalmente, é admissível o controle de identidade para comprovar a legalidade da estadia de estrangeiros, evitando-se o crime de imigração ilegal (não se indicando a lei para esse motivo autorizador a necessidade de alguma suspeita concreta)²¹².

No sistema francês, caso a pessoa abordada não possa comprovar sua identidade, ela pode sofrer uma restrição momentânea da liberdade no local da abordagem ou nas dependências policiais (art. 78-3²¹³). Nessa situação o abordado deve ser imediatamente apresentado a um oficial de polícia, que o comunica de seu direito a pedir que sua detenção momentânea para controle de identificação seja comunicada ao Ministério Público, bem como a algum familiar seu. A comunicação imediata ao Ministério Público da detenção para controle de identificação apenas é obrigatória no caso de detido menor de 18 anos, nos demais casos apenas haverá a comunicação inicial da diligência se ela for expressamente solicitada pelo abordado, que deve ser informado desse seu direito²¹⁴. Esse controle de identificação não pode exceder a quatro horas, e o Ministério Público pode determinar a qualquer momento a cessação da detenção. O prazo de quatro horas é um prazo máximo, devendo a diligência não ultrapassar o estritamente necessário para ser realizada. Se for impossível esclarecer a identidade da pessoa por outros meios, é possível, mediante autorização do Ministério Público ou do juiz de instrução, conforme

²¹⁰ Guinchard e Buisson, 2009:560. Decocq *et al.*, 1998:550; Boulloc, 2010:386.

²¹¹ Nesse sentido: França, Conselho Constitucional, 5 ago. 1993, déc n. 93-323, *apud* Decocq *et al.*, 1998:555. Esse controle de identificação por razões de segurança pública reconduz-se às garantias procedimentais do controle de identificação para fins de investigação, ou seja, a diligência deve ser documentada em ata, com fundamentação da necessidade concreta da medida, a ser posteriormente encaminhada ao Ministério Público para controle, sendo inadmissíveis as cláusulas de estilo genéricas. Decocq *et al.*, 1998:552 *et seq.*

²¹² Em sua disciplina original no antigo art. 61 do CPP francês, a realização do controle de identificação era limitada às diligências “no curso de investigações judiciais”; todavia, uma reforma de 1981 ampliou sua admissibilidade também para ações de prevenção à ordem pública; a ausência de indicação de uma suspeita concreta para a realização do controle de identidade para fins de segurança pública é visto como uma tentativa do parlamento de por fim à jurisprudência dita liberal da Corte de Cassação, que não permitia esse tipo de controle; ainda assim, deve-se analisar o risco concreto à ordem pública para justificar a diligência e julgá-la regular: Boulloc, 2010:384-6; Decocq *et al.*, 1998:550.

²¹³ Regras introduzidas pela Lei n. 911/2006. As atuais regras de controle de identidade, com pressupostos bem amplos, foram promulgadas como instrumento de contenção da imigração ilegal e em decorrência do acordo Schengen: Boulloc, 2010:385.

o caso, a realização de identificação criminal (*signalisation*, art. 55-1.2 do CPP francês), mediante coleta de impressões digitais e fotografias, mencionando-se especificamente esse fato na ata da diligência. A recusa em fornecer as impressões digitais configura crime. A ata também deve mencionar a hora de início e término da diligência, os motivos que a justificaram, as condições nas quais a pessoa foi apresentada à Polícia, a informação ao detido de seus direitos. Ao final da diligência, deve ser encaminhada cópia da ata ao Ministério Público (art. 78-3.8), oferecendo-se também ao interessado, mediante sua assinatura²¹⁵. Esse conjunto de prescrições legais vincula a legitimidade da diligência, e sua violação gera uma *nullité textuelle*²¹⁶.

Na Alemanha, o § 163b da StPO admite que a Polícia realize um controle de identificação destinado a esclarecer a identidade do suspeito de um crime ou de uma possível testemunha, podendo deter o suspeito para esclarecer a identidade, pelo prazo máximo de 12 horas, mas que nunca poderá ser superior ao tempo estritamente necessário para esclarecer sua identidade (§ 163c.2). No contexto de um controle de identificação é admissível a realização de uma revista pessoal para tentar localizar informações sobre a identidade da pessoa. O abordado possui o direito de que um parente seu seja imediatamente comunicado de sua detenção momentânea, inclusive por meios próprios se for o caso (ligação por telefonia móvel), desde que tal comunicação não invalide os resultados imediatos da investigação (v.g., o parente também é suspeito da prática do crime e será imediatamente abordado)²¹⁷.

Na Suíça, a polícia possui legitimidade para realizar detenções de curta duração (*appréhension*) de uma pessoa suspeita de ter cometido um crime, ainda que esta não se encontre em flagrante delito, com a finalidade de realizar imediatamente seu interrogatório, nele incluindo-se a atividade de esclarecimento da identidade do suspeito (CPP suíço, art. 215).

Nos EUA, a Corte Suprema afirmou que uma abordagem policial de controle de identificação realizada sem qualquer justa causa, apenas com fundamento racial, contrariava a 4ª Emenda à Constituição²¹⁸. O Patriot Act, de 2001, derogou parte dessas regras, permitindo

²¹⁴ Vislumbra-se aqui uma especial vulnerabilidade do sistema de controle francês, pois se o abordado não é suficientemente bem informado desse seu direito (e se constar da ata simplesmente que ele foi informado), não poderá haver o controle imediato pelo Ministério Público.

²¹⁵ Sobre o direito do abordado de receber cópia da ata da diligência, ver Decocq, 1998:708.

²¹⁶ Boulloc, 2010:390.

²¹⁷ Roxin, 2000:284.

²¹⁸ EUA, Corte Suprema, Caso *Terry vs. Ohio*, j. 10 jun. 1968. Ver Kamisar *et al.*, 2002:291 *et seq.*

controles no caso de suspeita antiterrorista, exceção especialmente utilizada contra comunidades muçulmanas. Cada estado federativo possui regras próprias para o controle de identificação, alguns com regras proibitivas do *racial profiling* (especialmente contra comunidades negras), outros mais repressivos no âmbito do controle da imigração ilegal (especialmente contra latinos)²¹⁹.

No Chile, a Polícia possui legitimidade para abordar uma pessoa suspeita de ter praticado um crime, que possa ser testemunha de crime, ou que dissimule sua identidade em público mediante capuz ou máscara (CPP chileno, art. 85). Se a pessoa não apresentar documentação, poderá ser conduzida ao posto policial e ali mantida por até 8 horas para os procedimentos de identificação. Restando fundada a suspeita, ou havendo recusa de identificação, ela será apresentada ao Ministério Público, o que poderá promover sua apresentação ao juiz no prazo máximo de 24 horas. O abordado possui direito a comunicação com a família e a não ser detido juntamente com outros presos.

Esse breve panorama de direito estrangeiro lança luz sobre alguns pontos que devem ter atenção obrigatoriamente no sistema brasileiro, qual seja, a necessidade de haver efetivamente requisitos objetivos a justificar um controle de identificação, a importância de um instrumento de coerção que assegure um mínimo de eficiência da Polícia para o esclarecimento da identidade do suspeito do crime, a necessidade de um prazo máximo para realização dessa diligência e da documentação e posterior controle pelo Ministério Público da diligência. Vejamos com mais detalhes o sistema brasileiro à luz dessas diretrizes.

4.6.4 Pressupostos de fato do controle de identificação

É possível vislumbrar-se seis hipóteses que justifiquem um controle de identificação. Vejamos.

4.6.4.1 Suspeita de que a pessoa é autora de crime

Nessa hipótese, o abordado já está no âmbito de uma suspeita concreta da prática de crime, ou seja, reconduz-se a diligência de controle de identificação ao quadro legal da

²¹⁹ Para uma visão panorâmica do sistema estadunidense, canadense, britânico e de outros países, sobre o controle de

intervenção diante de indícios. Nessas situações, se já há um quadro legal claro de flagrante delito (consumado ou tentado), entre os poderes coercitivos inerentes à abordagem em flagrante delito estão naturalmente os poderes de se realizar um controle de identificação. Inclusive, se quando da lavratura do auto de prisão em flagrante o autuado não apresentar documentação comprovativa de sua identidade, ou apresentando documentação insuficiente, será admissível a realização da identificação criminal (colheita de impressões digitais e fotografia), nos termos do art. 3º da Lei n. 12.037/2009. De qualquer sorte, no âmbito da situação de flagrante delito, a constrição à liberdade já está autorizada pelo quadro legal da prisão em flagrante, de sorte que não se colocam problemas adicionais sobre o tempo de realização do controle de identificação.

O problema que se coloca no âmbito da identificação criminal de suspeito da prática de crime é quando o suspeito não está mais em situação de flagrante delito, nem está preso por outro motivo. Podem-se imaginar duas situações distintas: (a) já há uma individualização do suspeito, o qual será ouvido em seu interrogatório, e que será precedido de um controle de identificação (ou interrogatório de qualificação) para confirmar as informações que a Polícia já possui sobre sua identidade, ou (b) ainda não há uma individualização do suspeito, e a abordagem policial destina-se exatamente a possibilitar sua identificação. Na primeira hipótese, a finalidade do controle de identificação seria a de confirmar se a pessoa que se apresenta para o interrogatório é realmente a pessoa suspeita, ou seja, se quem se apresenta para o interrogatório é quem diz ser. Nessa situação, o fato de o réu já ter recebido uma intimação de comparecimento circunscreve esse controle de identificação no âmbito da coerção inerente ao ato de interrogatório ou de colheita de um depoimento, ou seja, a retenção momentânea da liberdade do interrogando no curso do interrogatório, limitada exclusivamente à vedação de abandonar as dependências policiais antes da conclusão do interrogatório (com toda a problemática dessa restrição momentânea de liberdade²²⁰). Durante esse interrogatório de qualificação, se há dúvidas sobre a documentação apresentada pelo investigado, é admissível a identificação criminal, nos termos do art. 3º da Lei n. 12.037/2009. Afinal, ao ser intimado para ser interrogado, está implícito o dever de comparecer portando documento de identificação, sob pena de, não o fazendo, submeter-se a uma eventual identificação criminal. Não há na lei a previsão de restrição da liberdade do investigado, mas fica implícito que haverá uma detenção

identificação, ver ainda França, *Le Défenseur des droits*, 2012:26-28.

²²⁰ Sobre o tema, ver *supra*, subseção 4.4.2.

momentânea para realizar o interrogatório de qualificação e eventualmente sua identificação criminal, ou seja, o interrogado não será liberado enquanto não encerrar essa etapa. Essa detenção momentânea para realização de controle de identificação, em atenção ao princípio da proporcionalidade, não poderá exceder ao estritamente necessário para consultar os cadastros policiais de suspeitos (com outras investigações em curso) ou pessoas procuradas pela justiça, e, no caso da identificação criminal, colher as impressões digitais, realizar a identificação fotográfica e eventualmente colher-se amostras genéticas (essa última diligência permitida pela Lei n. 12.654/2012, com toda a problemática inerente às intervenções corporais e ao controle de informações pessoais em bancos de dados policiais). Em regra, no Brasil, os peritos datiloscópicos não possuem condições de realizar uma análise imediata de comparação das amostras colhidas do suspeito com o banco de dados de impressões digitais da secretaria de segurança pública para identificarem o suspeito, normalmente é possível apenas se comparar as amostras colhidas da pessoa com as impressões de um suspeito específico, para indicarem serem idênticas ou afastarem a semelhança, não sendo legítimo que a detenção momentânea dilate-se em várias horas para se aguardar uma análise mais dilatada da perícia datiloscópica²²¹.

Outra situação mais problemática é quando o suspeito ainda não foi identificado formalmente, mas surge uma informação que permite sua localização, mas não ainda o esclarecimento de sua identificação. Imagine-se a situação: ocorre um homicídio e o suspeito é individualizado pelas testemunhas apenas através de retrato falado; certo dia uma das testemunhas do crime informa à Polícia que viu o suspeito do crime em local determinado, a Polícia desloca-se ao local, confirma a informação com a testemunha e aborda o suspeito em via pública. O suspeito informa verbalmente seus dados de identificação, mas não apresenta

²²¹ Para realizar-se essa localização de uma impressão digital num banco de dados, seria necessário classificar todas as impressões digitais do banco de dados segundo seus caracteres indicativos (arcos, presilhas, verticilos e compostos), catalogar todas elas segundo a classificação, e criar rotinas de recuperação das informações catalogadas. Em Estados populosos, isso significaria analisar uma impressão digital num universo de dezenas de milhões, o que apenas seria viável através de sistemas de informáticos específicos para essa análise, denominados AFIS (*automated fingerprint identification system*). Ademais, os registros de identificação datiloscópica no Brasil estão organizados por Estados federativos, de sorte que se uma pessoa possui seu documento de identificação (Registro Geral) expedido pela Secretaria de Segurança Pública de outro Estado, ele não seria imediatamente localizável. Finalmente, se uma pessoa nunca obteve documento de identificação, estará fora da base de dados... A Lei n. 9.454/1997 instituiu o Cadastro Nacional de Identificação Civil, que deveria ser implementado no prazo de cinco anos, mas esse prazo foi revogado pela Lei n. 12.058/2009 em razão do elevado gasto que implicaria um sistema nacional informatizado de alimentação e controle dessas informações. Todo esse conjunto de dificuldades acaba por inviabilizar que uma impressão digital de um suspeito desconhecido seja comparada com a de todas as

documento, o que significa que eventualmente as informações orais podem ser falsas, com a consequente impossibilidade posterior de identificar o autor do crime.

Nessa situação, a Polícia não pode prender o suspeito, pois ele não está em flagrante delito e não há contra ele mandado de prisão, exatamente pelo fato de se tratar de investigação contra pessoa desconhecida (situação que configuraria a detenção policial preventiva, antes já comentada). A Polícia necessita identificar a pessoa suspeita para posteriormente providenciar a representação pela eventual prisão preventiva ou temporária ao Sistema de Justiça, para que o juiz, a requerimento do Ministério Público, autorize sua prisão. A problemática se reconduz aos limites admissíveis de um controle de identificação nessa situação. A Polícia pode validamente solicitar do abordado o fornecimento de sua identificação e dados pessoais, por interpretação *a contrario sensu* do art. 68 da LCP e, se a pessoa recusar-se a fornecer informação, poderá detê-lo em flagrante delito pela contravenção de omissão de identificação, conduzi-lo coercitivamente à delegacia de polícia para lavratura do termo circunstanciado, e, de forma incidental à lavratura desse termo, realizar a identificação criminal do suspeito, nos termos do art. 3º da Lei n. 12.037/2009. Se o abordado informar oralmente sua identificação e dados pessoais, e houver já no momento da abordagem em via pública uma suspeita concreta de falsa identificação (ele afirma que reside em uma casa próxima, mas vizinhos já indicam que o fato não é verdadeiro, ou o abordado informa nomes diferentes ao longo da abordagem, ou a polícia tem condições de realizar imediatamente uma checagem por rádio ou telefone com a central de polícia, que confirma a falsidade das informações prestadas), é possível que o abordado seja conduzido coercitivamente à Delegacia de Polícia, numa situação de flagrante delito pelo crime de falsa identidade; se eventualmente não se verificar que a informação prestada foi falsa, os policiais estarão acobertados por uma situação de atuação putativa, que excluirá sua culpa (CP, art. 20, § 1º)²²². Todavia, a situação volta a se complicar caso o abordado indique oralmente uma identificação e outros dados pessoais, e não haja qualquer indício concreto de falsidade dessas informações, e o abordado não apresente documentação comprovativa da identidade, diante da impossibilidade de a Polícia confirmar a veracidade da informação prestada *in loco*.

pessoas constantes em um bando de dados datiloscópico policial (ao menos em Brasília/DF, essa é a realidade) Sobre o tema, ver Tavares Jr., 1991; e Perez, 1995.

²²² Sobre as discriminantes putativas como causa de exclusão da culpabilidade, ver Jesus, 2001:314-318; L.R. Prado, 2002:361-2.

Duas soluções possíveis podem ser cogitadas nessa hipótese: (a) diante da omissão do quadro legal brasileiro relativo ao controle de identificação, não seria admissível uma condução coercitiva à delegacia para realização de identificação criminal, sendo admissível apenas a expedição de uma intimação para comparecimento à Delegacia de Polícia para prestar informações e então exibir o documento de identificação; (b) é admissível uma condução coercitiva imediata à Delegacia de Polícia para realizar um controle de identificação, com possibilidade de realização da identificação criminal, por interpretação extensiva da Lei n. 12.037/2009 e dos poderes de coerção do art. 6º do CPP. O exemplo apresentado é extremo, pois se trata de um crime grave (homicídio), com a presença de indícios concretos que individualizam o suspeito (testemunha que indica aos policiais, *in loco*, que essa pessoa é o autor do crime), mas não se está diante de uma situação de flagrância a justificar restrições à liberdade e não há qualquer regulamentação legal de condução coercitiva para realização de controle de identificação, nem previsão das respectivas garantias de controle. Nenhuma das duas soluções é inteiramente satisfatória, pois o ideal seria que houvesse uma regulamentação legal da condução coercitiva para fins de identificação criminal do suspeito do crime, com previsão dos pressupostos, da competência, das hipóteses menos gravosas de se realizar a identificação sem a condução coercitiva, da documentação da diligência e suas garantias procedimentais de controle. Todavia, simplesmente não admitir a diligência também significa optar pelo sacrifício de valores de eficiência da persecução penal, os quais também possuem assento constitucional.

A solução mais razoável do ponto de vista da colisão dos interesses em jogo, quais seja, de um lado da proteção à liberdade individual contra arbitrariedades praticadas por agentes do Estado, e por outro lado a necessidade de esclarecimento de um crime grave, ainda que mediante um sacrifício ao princípio da legalidade, em sua perspectiva de máxima regulamentação possível de uma situação restritiva de direitos fundamentais, com as respectivas garantias, deve se inclinar no sentido de admitir a condução coercitiva para realização da identificação criminal. Como visto anteriormente, a maioria dos países estrangeiros tem uma solução para essa situação, admitindo uma restrição momentânea da liberdade para conduzir coercitivamente a pessoa suspeita da prática do crime a uma unidade policial e realizar sua identificação criminal, sob pena de se desaparecer imediatamente a possibilidade de esclarecer essa autoria. Não é possível que o sistema brasileiro fique sem uma resposta para essa situação extrema. Trata-se de uma aplicação do princípio da proporcionalidade ao quadro normativo atual,

para a hipótese específica de ausência de identificação civil do autor de um crime, abordado em via pública, fora da situação de flagrante delito. Vejamos.

O sistema de prisões cautelares (reformado pela Lei n. 12.403/2011) prevê expressamente que a ausência de identificação de uma pessoa é motivo que justifica a decretação de sua prisão preventiva (CPP, art. 313, parágrafo único), e se ela estiver presa em flagrante, poderá o delegado de polícia denegar-lhe o arbitramento de fiança (CPP, art. 324, IV). O sistema anterior utilizava a expressão “indiciado vadio”, o que é atualizado na reforma pela explicitação do sentido concreto da norma. Assim, estabelece o art. 313, parágrafo único, do CPP: “Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”. Deve-se entender que “fornecer elementos suficientes para esclarecê-la” significa respeitar as regras de identificação civil exigidas pela Lei n. 12.037/2009. Tudo isso a indicar que a investigação criminal deve ter remédios eficientes para fazer frente a uma situação de ausência de identificação²²³. A Lei n. 7.960/1989, art. 1º, II, prevê que se o investigado não está mais em situação de flagrante delito, o correto seria haver uma representação policial para a prisão temporária do investigado com identidade incerta, por ser imprescindível para as investigações do inquérito policial e por o investigado não apresentar elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. Todavia, a própria operacionalidade dessa modalidade de prisão é questionável, pois haveria a decretação de prisão de pessoa incerta, apenas por dados de qualificação indireta, o que é altamente violador da necessária segurança jurídica em se tratando de ordem de prisão.

Por outro lado, a Lei n. 12.037/2009 prevê que a identificação criminal (colheita de impressão digital, fotografia ou amostras de material genético) apenas pode ser realizada se o suspeito da prática do crime não apresentar documento de identificação civil, ou

²²³ Nesse sentido, Jesus, 2009:237, advogava o entendimento de que mesmo para as hipóteses de autuação em flagrante por contravenção penal de recusa de identificação é admissível a manutenção da prisão em flagrante sem fiança, apesar de a regra geral das infrações penais de menor potencial ofensivo ser a assinatura de termo de compromisso e a imediata liberação. No mesmo sentido, mas de forma mais ampla para todas as infrações penais de menor potencial ofensivo, no caso de o autuado não ter residência fixa ou não ser identificado, argumentado a admissibilidade de manutenção da prisão em flagrante: M.M. Barbosa, 2011:92. Em verdade, a liberação do autuado em flagrante por infração penal de menor potencial ofensivo pressupõe a assinatura de termo de

caso se esteja numa das hipóteses do art. 3º da lei (em apertada síntese, insuficiência ou dúvida sobre a autenticidade da documentação). Essa lei admite a realização da identificação criminal em auto de prisão em flagrante, no IP ou outro procedimento de investigação. Assim, a lei claramente prevê a possibilidade de realização da identificação criminal fora da situação de flagrante delito. A questão controversa é se essa identificação criminal do investigado não-presos deverá ser realizada incidentalmente ao seu interrogatório, quando deverá ser previamente intimado (inclusive para poder apresentar seu documento de identificação e fazer-se acompanhar por defensor, se assim o quiser), ou se é possível que a Polícia aborde em via pública o suspeito do crime ainda não identificado, realizando imediatamente sua condução coercitiva para a identificação criminal.

A doutrina majoritária admite a condução coercitiva para realização da identificação criminal (sem esclarecer muito bem se ela exigiria prévia intimação), da mesma forma que admite a condução coercitiva para o interrogatório após regular intimação²²⁴. Rangel, apesar de não analisar essa questão de forma exauriente, aparentemente perspectiva a identificação criminal de investigado solto como exigindo uma prévia intimação para comparecimento, cuja recusa justificaria a decretação de sua prisão temporária, isso no sistema anterior à Lei n. 12.037/2009²²⁵.

A disciplina antiga do tema aparentemente aponta para essa solução, pois o art. 3º, VI, da Lei n. 10.054/2000, estabelecia que o indiciado tinha um prazo de 48 horas para comprovar sua identificação civil antes de poder ser submetido à identificação criminal, exceto se o crime investigado fosse um dos incluídos no inciso I (situação em que a identificação criminal era obrigatória mesmo com a apresentação de documento de identificação civil). Esse prazo indicava que se o suspeito do crime não apresentasse imediatamente documento de identificação civil, ele ainda teria um prazo de 48 horas para poder apresentá-lo antes de ser submetido à

compromisso de comparecimento, sendo razoável se construir que a assinatura desse termo de compromisso pressupõe, por sua vez, a comprovação da identidade civil.

²²⁴ Mirabete, 2002:91. Ver ainda a posição de Sérgio Sobrinho, 2003:82: “quando a pessoa envolvida na prática de um crime recusar-se a comparecer em determinada repartição pública para tomada de sua identificação criminal sem justificativa, poderá ser conduzida ao local, coercitivamente, nos termos do art. 260 do CPP. Persistindo a recusa, poderá surgir motivo para a decretação da prisão preventiva ou temporária do indiciado ou do acusado, hipóteses adiante estudadas, além da prática do crime de desobediência”. Já sob a égide da nova Lei n. 12.037/2009, também admitindo a condução coercitiva, ver Capez, 2010:65.

²²⁵ Rangel, 2009:156.

identificação criminal²²⁶. Obviamente, esse regramento colocava graves entraves à eficiência da identificação criminal, pois bastaria ao abordado fornecer um nome fictício, ser liberado, e antes de escoar-se o seu prazo de comprovação da identidade fugir, impossibilitando-se sua posterior identificação.

Todavia, a atual Lei n. 12.037/2009 não prevê mais essa modalidade de não apresentação de documento no prazo de 48 horas. Portanto, pode-se concluir, a *contrario sensu*, que não é mais necessário conceder ao suspeito da prática do crime o prazo de 48 horas para apresentar sua identificação civil antes de se realizar sua identificação criminal, é possível realizá-la imediatamente. Apesar de a nova lei ter criado uma nova forma de identificação criminal, a determinada por ordem judicial após representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público ou defesa, (art. 3º, IV), essa modalidade apenas se aplica nas situações em que, apesar de o investigado apresentar identificação civil, é conveniente submetê-lo à identificação criminal quando tal for essencial à investigação.

Esse quadro normativo no Brasil, ainda que não perfeito, permite a conclusão de que a autoridade policial possui o dever de realizar a identificação criminal do suspeito da prática de um crime que não apresenta identificação civil e para tanto é essencial a presença física do suspeito na Delegacia de Polícia, de sorte que seria admissível a condução coercitiva imediata em caso de negativa de acompanhamento voluntário, quando o abordado não possui documento de identificação e a realização de tal diligência for urgente, ainda que não em situação de flagrante delito. Todavia, isso ainda depende do respeito ao princípio da proporcionalidade, ou seja: existência de indícios objetivos, adequação, necessidade, proporcionalidade e garantias procedimentais de controle. Vejamos cada um desses requisitos.

O primeiro pré-requisito a ser respeitado é o da intervenção indiciária, ou seja, apenas seria admissível uma condução coercitiva do suspeito da prática do crime até então desconhecido, que se identifica verbalmente, mas não apresenta qualquer comprovação dessa identificação, se já há *in loco* a certeza (ou indícios muito fortes) de ser a pessoa abordada efetivamente o suspeito da prática da infração penal. Tal convicção pode ser transmitida pelo depoimento de uma testemunha que já reconhece o abordado como o suspeito, a absoluta

²²⁶ Sérgio Sobrinho, 2003:181.

coincidência do abordado com um retrato falado constante dos arquivos policiais, ou a posse de objetos ligados à prática criminosa que não deixem dúvidas quanto à autoria do crime. Não é admissível tal medida extrema em caso de mera suspeita genérica e ainda não confirmada. Obviamente, meras denúncias anônimas jamais se prestariam a esse tipo de restrição de direitos, sendo necessária uma informação objetivamente respaldada.

A adequação representa a aptidão da diligência em esclarecer a identidade; em regra ela existe, apenas não estaria presente se na Delegacia local não houvesse qualquer instrumental técnico apto a comprovar a identidade do abordado.

O mais relevante pré-requisito para uma condução coercitiva legítima seria o respeito à necessidade, ou seja, a inexistência de outro meio menos gravoso para realizar a diligência. Isso significa que se a Polícia puder realizar diligências *in loco* para confirmar a identidade, essas diligências são sempre preferíveis à condução coercitiva. Assim, se é possível à Polícia consultar seus bancos de dados via internet, ou mediante contato por rádio ou telefonia móvel com uma central de polícia, essas diligências são preferíveis à condução coercitiva. Ademais, o art. 250.5 do CPP português traz uma paradigmática relação de diligências menos invasivas que podem evitar uma eventual condução coercitiva. Conferir:

5 - Se não for portador de nenhum documento de identificação, o suspeito pode identificar-se por um dos seguintes meios:

- a) Comunicação com uma pessoa que apresente os seus documentos de identificação;
- b) Deslocação, acompanhado pelos órgãos de polícia criminal, ao lugar onde se encontram os seus documentos de identificação;
- c) Reconhecimento da sua identidade por uma pessoa identificada nos termos do n.º 3 ou do n.º 4 que garanta a veracidade dos dados pessoais indicados pelo identificando.

Essas hipóteses são perfeitamente aplicáveis ao sistema brasileiro, pois nada mais são que uma concretização do princípio da proporcionalidade (na modalidade da necessidade). Portanto, antes de se realizar uma condução coercitiva, deve-se dar oportunidade ao abordado para apresentar sua documentação por uma das formas supra descritas.

Finalmente, apenas deveria se admitir uma diligência de condução coercitiva imediata para identificação criminal, especialmente antes do advento da lei regulamentadora, para situações de excepcional gravidade. Um rol apto a guiar essa qualificação seriam os crimes hediondos e equiparados, conforme previsto na Lei n. 8.072/1990, já que tais crimes são constitucionalmente qualificados como crimes mais graves, o que justifica um tratamento processual mais invasivo de direitos fundamentais. Assim, a mera suspeita da prática de uma infração penal de menor potencial ofensivo não pode justificar uma condução coercitiva nos moldes ora analisados.

Cumpridos todos esses requisitos, haveria um equivalente funcional à expedição de uma intimação de comparecimento imediato para esclarecimento da identidade do suspeito da prática do crime que apenas informa verbalmente sua qualificação, mas não a comprova mediante documento e, no caso de desobediência a essa ordem, haveria uma autorização para se realizar uma condução coercitiva imediata, com fundamento no art. 3º da Lei n. 12.037/2009 e no art. 6º do CPP, todos interpretados à luz do princípio da proporcionalidade. Esse entendimento vai na linha da já citada jurisprudência do STF e STJ que admite a condução coercitiva imediata do suspeito do crime (mas, em nossa visão, deveria ser confinada tão somente para essa hipótese mais excepcional ora examinada)²²⁷. Nessa situação, realizada a identificação criminal e a eventual oitiva, conforme o caso, é imperiosa a imediata liberação do abordado, sem prejuízo de eventual representação policial pela prisão preventiva ou temporária, ante a inexistência de detenção policial preventiva no Brasil. Portanto, a restrição ao direito de liberdade é de curtíssima duração (algumas horas).

Finalmente, o último requisito procedimental para se admitir como legítima essa diligência de condução coercitiva imediata para identificação criminal seria a documentação da diligência em uma ata ou relatório. A justificação da diligência e seu controle posterior são essenciais para se reconduzir essa diligência a um quadro de garantias mínimas, entre as quais a necessidade de se documentar as pessoas responsáveis pela abordagem, explicitar os motivos que justificam a fundada suspeita da autoria do crime, documentar o período de tempo no qual a pessoa teve sua liberdade restringida, explicitar o respeito aos subprincípios do princípio da

²²⁷ STF, HC 107644/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T., j. 6 set. 2011, DJe-200 de 18 out. 2011; STJ, RHC 25475/SP, rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., j. 16 set. 2010, DJe 16 nov. 2010. Ver comentários acima, na subseção 4.5.3.

proporcionalidade e assegurar que essa diligência tenha um efetivo acompanhamento pela autoridade constitucional responsável pelo controle externo da atividade policial, ou seja, pelo Ministério Público, bem como pela autoridade encarregada da fiscalização das restrições ao direito fundamental de liberdade, o juiz²²⁸.

Essa solução acima apresentada apenas seria viável se o suspeito estivesse em via pública. Caso ele estivesse em sua residência, para a violação do domicílio seria essencial uma prévia autorização judicial. Nessa situação, seria essencial a representação policial pelo mandado de prisão preventiva ou temporária, devendo a autoridade policial cercar o imóvel para evitar a fuga enquanto se aguarda pelo mandado, se for o caso.

Essa solução ora proposta não é ileso de possíveis críticas, pois através de uma interpretação sistemática, e da especial atenção ao princípio da proporcionalidade, está se construindo uma diligência investigativa que importa na restrição (ainda que momentânea) de direitos fundamentais. Basta lembrar que a resistência do abordado poderia ser superada com o uso da força pela Polícia, o que transforma virtualmente a diligência em uma prisão de curta duração. Seria ideal que o legislador brasileiro disciplinasse de forma exauriente a previsão legal dessa diligência, seus pressupostos, sua legitimidade ativa, e seu procedimento de controle (que seriam necessariamente os acima indicados). Todavia, apesar da omissão legal, parece-nos que no caso específico de suspeita concreta de prática de crime grave, é possível a realização da diligência de verificação coativa da identidade, em uma aplicação do princípio da proporcionalidade (no caso, uma verdadeira relativização do próprio princípio da legalidade, visto ele também como um mandado de otimização que admitiria relativizações em situações muito extremas). Nessa situação mais extrema, não admitir a condução coercitiva para a verificação da identificação, simplesmente liberando o suspeito sem confirmar a veracidade das informações verbais, significaria, no caso de falsa identidade e posterior evasão do suspeito, institucionalizar uma diligência que permita a impossibilidade absoluta de sua nova identificação, com o sério sacrifício da eficiência da persecução penal. Significaria que não conceder qualquer instrumental operacional à Polícia para a eficiência da persecução penal numa situação de efetiva necessidade e urgência.

²²⁸ Ver comentários acima sobre o controle pelo Ministério Público das restrições momentâneas de liberdade, na subseção 4.4.3.

Finalmente, uma última situação de controle de identificação do suspeito do crime pode ser vislumbrada: se um crime é praticado em determinado local, e considera-se que um indivíduo integrante de um grupo maior é o seu autor, é admissível que todo o grupo seja momentaneamente retido e submetido coletivamente a um controle de identificação, para permitir esclarecer quem eram as pessoas que integravam o grupo de possíveis suspeitos, impedindo-se a perda dessa valiosa informação investigativa. Nessa situação, a suspeita não é concreta sobre um indivíduo, mas coletiva. Ainda assim, à míngua de regulamentação legal, essa retenção não poderá exceder um prazo razoável, em nossa visão alguns poucos minutos. Essa situação se reconduz à hipótese de ordem de não afastamento de local de crime em situação de flagrante delito, antes comentada.

Nesse sentido, na Alemanha, no caso de prática de um crime, é admissível a realização de *blitz* policiais em locais públicos, destinadas a deter o autor do crime ou apreender provas relevantes para o esclarecimento dos fatos, ficando todas as pessoas que passarem por tais locais obrigadas e prestarem sua identidade e a serem submetidos a uma revista pessoal. Para esse tipo de diligência de controle de identificação generalizado, é necessária uma prévia ordem judicial ou, em caso de urgência, a autorização do Ministério Público ou dos oficiais por ele designados (§ 111 da StPO).

4.6.4.2 Suspeita de que a pessoa é procurada pela Justiça

Os pressupostos de fato dessa hipótese de controle de identificação investigativo são complexos. A princípio, não é possível a um policial ver uma pessoa em via pública e suspeitar que ela seja procurada pela justiça (ninguém possui “cara de bandido”, e qualquer ilação nesse sentido seria claramente uma atuação discriminatória)²²⁹. Portanto, o controle de identificação com fundamento exclusivo na suspeita de que haja contra a pessoa um mandado de prisão deve ser realizada em conjunto com outra diligência de controle de identidade de natureza administrativa, seja um controle de passaportes quando da saída do território nacional, seja concomitantemente com a realização de outro ato policial (por exemplo, ao registrar uma comunicação de crime – “boletim de ocorrência” – o policial verifica que o comunicante ou envolvido possui um mandado de prisão expedido), ou durante uma abordagem

policial por outro fato (suspeita de estar envolvido em outro delito e posterior verificação de que consta ordem de captura). Ou ainda a situação residual de o policial já conhecer diretamente a pessoa procurada (pessoalmente ou por retrato falado) e, diante da semelhança, realizar a abordagem, ou ainda de haver uma informação concreta (por pessoa individualizada, não anônima) de que a pessoa procurada encontra-se em determinado lugar. Pode-se imaginar ainda a situação na qual um policial cumpre um mandado de prisão, no endereço da pessoa procurada e, portanto, solicita a identificação de todas as pessoas que estão no local para verificar se alguma delas é o procurado (suspeita concreta de que uma das pessoas é o procurado, por se encontrarem no endereço do foragido).

Afora essas situações, há dificuldade em se justificar uma abordagem com fundamento na suspeita concreta de que contra a pessoa existe um mandado de prisão. De outra forma, dar-se-ia carta branca para policiais realizarem o controle de identificação de absolutamente todos os cidadãos, pelo simples fato de estarem em via pública, sem qualquer suspeita concreta, apenas uma suspeita subjetiva de que aquela pessoa teria supostamente contra si um mandado de prisão expedido. Uma abordagem fora de quaisquer pressupostos objetivos viola o princípio da presunção de inocência e do próprio Estado de Direito, enquanto vedação de arbitrariedades estatais²³⁰.

Caso seja realizado esse controle de identificação e se verifique que o abordado possui contra si um mandado de prisão não cumprido, será legítima sua prisão pelos policiais.

4.6.4.3 Suspeita de descumprimento de ordem judicial restritiva de direitos

Caso uma pessoa esteja cumprindo pena em regime aberto, na modalidade de prisão domiciliar, sobre essa pessoa há uma restrição de direitos (eventualmente, apenas durante o período noturno, cf. Lei n. 7.210/1984, art. 115, I e II). Nessa situação é legítimo um controle de identificação, para verificar se a pessoa controlada está cumprindo a determinação judicial. Idêntica solução para o caso de sentenciado em regime semi-aberto, em benefício de saída

²²⁹ Indicando a impossibilidade de indícios de que a pessoa seja procurada pela Justiça, exceto uma foto, que normalmente não está disponível no momento da abordagem: Decocq, 1998:546.

²³⁰ Há precedentes, na França, de que uma abordagem realizada sem qualquer justificativa concreta, ainda que descubra uma irregularidade (v.g., que o abordado é um estrangeiro em situação irregular no território), enseja a

temporária, quando houver restrições de acesso a determinados lugares ou obrigação de recolhimento noturno (Lei n. 7.210/1984, art. 124, § 1º). Nessas situações, o controle de identificação poderá ser realizado na residência do sentenciado, para verificar se ele está cumprindo as condições judiciais. Um controle em via pública dependeria da efetiva existência de indícios objetivos a justificar o controle, sob pena se consistir em uma diligência meramente arbitrária, fundada no estereótipo de criminoso. Assim, a maioria das situações em que esse controle será efetivo será incidentalmente a um controle de identificação de segurança pública ou administrativo²³¹. A constatação do descumprimento da prisão domiciliar não enseja a prisão imediata do abordado, mas deverá haver uma documentação de tal situação e comunicação ao juiz de execuções penais, para que após o respectivo procedimento de regressão de regime prisional, com o devido contraditório, ocorra eventualmente a prisão do abordado.

Outra situação que veio ampliar as hipóteses em que um controle de identificação poderá ser necessário são as medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no art. 319 do CPP, introduzido pela Lei n. 12.403/2011. Há uma série de ordens de proibição de exercício de direitos que, se forem descumpridas, poderão dar ensejo à autuação em flagrante pelo crime de desobediência à decisão judicial, sem prejuízo da posterior decretação da prisão preventiva. E para se verificar se tais medidas estão sendo ou não cumpridas, será essencial que ocorra uma prévia ciência da ordem, e o posterior controle de identificação de uma pessoa suspeita de estar descumprindo essa ordem judicial.

Assim, diante de uma medida cautelar de proibição de frequência a determinados lugares para evitar o risco de novas infrações (CPP, art. 319, II), é possível que se a pessoa estiver numa situação suspeita de estar violando a referida ordem judicial (por exemplo, diante de uma comunicação da vítima de que houve a violação), é possível que a Polícia aborde o suspeito e solicite sua identificação, para comprovar se esse suspeito é a pessoa que está proibida de estar naquele local e, comprovando-se a violação à regra, seja ele detido em flagrante delito pelo crime de desobediência à ordem judicial, ou, verificando-se que se tratou de um equívoco,

nulidade da diligência e do procedimento subsequente (no caso, anulação da ordem de expulsão do estrangeiro); ver Decocq *et al.*, 1998:555.

²³¹ Decocq *et al.*, 1998:546.

liberar imediatamente a pessoa suspeita²³². No caso de proibição de manter contato com determinada pessoa (CPP, art. 319, III e Lei n. 11.340/2006, art. 22, III), é possível que a Polícia aborde a pessoa suspeita de estar violando a ordem judicial para comprovar sua identidade, esclarecer o motivo de sua presença próxima à pessoa de quem não poderia se aproximar e, constatando-se a violação à ordem, também deter o abordado por desobediência à ordem judicial.

Nessas hipóteses, o cumprimento da ordem judicial estará em grande medida subordinado a uma comunicação da vítima, indicando a violação à medida cautelar, e apresentando aos policiais a ordem judicial para documentar a situação de desobediência. Cabem aqui os mesmos argumentos relativos ao controle de identificação diante suspeita de que a pessoa é procurada pela justiça: ninguém tem “cara de foragido”, portanto é necessária uma suspeita concreta para justificar a diligência.

Da mesma forma, na proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária à investigação ou instrução (CPP, art. 319, IV), é recomendável que haja interligação da comunicação do juiz com um sistema de registro da Polícia, que permita a esta controlar o cumprimento dessa ordem judicial, verificando se uma pessoa com restrições de mobilidade não está descumprindo a ordem judicial. Esse dispositivo exige, especialmente, um compartilhamento de informações com a Polícia Federal, para que no controle de identificação realizado nos postos fronteiriços, para controle da regularidade do ingresso e saída de pessoas do território nacional, verifique-se se uma pessoa com restrições de saída do território nacional (se não pode ausentar-se da comarca, com muito mais razão não poderá sair do território nacional) não viole a ordem, comunicando-se ao juiz a tentativa de violação da ordem para eventual agravamento das condições. Na medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga (CPP, art. 319, V), também poderá ser necessário um eventual controle de identidade para verificar se a pessoa abordada em via pública é a que está com a liberdade restringida. Idêntica lógica para o caso de suspeita de que o abordado cumpre pena de prisão domiciliar. Finalmente, no caso de monitoração eletrônica (CPP,

²³² Não há precedente explícito do STJ reconhecendo que a desobediência a ordem de medida protetiva de urgência configura crime. Há um precedente em que havia o crime de desobediência, juntamente com outros, e o STJ não se manifestou sobre a eventual ilegalidade dessa configuração criminal: STJ, 5ª T., HC 237.417/DF, rel. Ministro Gilson Dipp, j. 12 jun. 2012, DJe 20 jun. 2012. No âmbito do TJDFT, há diversos precedentes de que essa conduta configura o crime do art. 330 do CP (e não a desobediência qualificada do art. 359); conferir: TJDFT, 3ª

art. 319, IX), um controle de identidade pode ser útil para verificar eventual tentativa de burla ao sistema de vigilância.

4.6.4.4 Suspeita de que a pessoa é testemunha de crime

Se uma pessoa é suspeita de ser testemunha de um crime, há uma justa causa para que um policial realize um controle de identificação. O dever de se identificar deriva do dever de ser testemunha (CPP, art. 206), que por sua vez deriva do dever fundamental de colaborar com a segurança pública (CRFB/1988, art. 144, *caput*). Da mesma forma que uma testemunha não pode se recusar a falar sobre os fatos de que tem conhecimento, quando vier a ser colhido seu testemunho, essa obrigação já se projeta anteriormente para abarcar a obrigação de se identificar às autoridades policiais, caso seja objeto de um controle de identificação.

Se a pessoa se recusa a prestar informações, ou se presta informações falsas, já perceptíveis como tal *in loco*, é lícita a autuação em flagrante delito pela contravenção penal de omissão de identificação, ou pelo crime de falsa identificação, com a respectiva condução coercitiva à delegacia de polícia, admitindo-se uma verificação de identidade incidental à lavratura do procedimento criminal contra a testemunha silente ou mendaz. Todavia, o problema recoloca-se, novamente, se a pessoa presta informações orais, mas não apresenta documentação.

Nessa situação, considerando que a pessoa é uma testemunha de crime e não um suspeito da prática de crime, não é admissível sua condução coercitiva para realização de uma verificação da identificação apresentada. A Lei n. 12.037/2009 não prevê identificação criminal de testemunhas (apenas do indiciado ou investigado). Nessa situação, caberá ao policial tão somente documentar a identificação apresentada e, se posteriormente verificar que houve prestação de informação falsa, poderá a testemunha ser responsabilizada pelo crime de falsa identificação. Nada mais. Aqui, trata-se de um controle de identificação sem verificação coativa admissível²³³.

T. Crim., Acórdão n. 622864, 20091210036253APR, rel. Des. Nilsoni de Freitas, j. 6 set. 2012, DJ 17 out. 2012, p. 166.

²³³ Em diversos outros países a condução coercitiva de testemunhas não é admissível pela Polícia. Na Alemanha, a Polícia não possui esse poder, apenas o Ministério Público e o juiz, cf. § 51.I.3 e § 161a.II, da StPO (ver Roxin, 2000:286). Em Portugal, é admissível um pedido de informações a pessoas no local dos fatos (CPP português, art.

4.6.4.5 Controle de identificação de segurança pública (preventivo)

Afora as situações de fundada suspeita concreta da prática de uma infração penal, os controles de identificação preventivos apenas podem ser realizados se houver uma justa causa, ou seja, é necessária a existência de indícios concretos de uma suspeita de possível crime (potencial, na iminência de se praticar ou eventualmente já praticado) para legitimar a realização de um controle de identificação²³⁴. Normalmente esse controle de identificação está associado a um questionamento sobre o motivo de a pessoa estar naquele local, o porquê de um determinado comportamento anterior suspeito, o porquê de portar algum objeto suspeito. Diversos países prevêem expressamente a possibilidade de a Polícia realizar um controle de identificação para finalidade de segurança pública, ou seja, para fins preventivos, dissociados de uma investigação criminal imediata²³⁵.

Essa situação constitui em verdade um controle de identificação de prevenção, ou de segurança pública, derivado do poder geral de polícia, que deve ser admitido no Brasil ante sua restrição meramente superficial diante dos direitos fundamentais (mera indagação verbal de identidade, com uma retenção de liberdade muito momentânea, apenas enquanto se faz as perguntas e o abordado as responde, ainda em via pública). Nessa hipótese, há o risco concreto de a pessoa vir eventualmente praticar de algum delito, todavia, o nível de atos preparatórios ainda não configura formalmente qualquer infração penal a justificar sua detenção. A abordagem policial visa externar ao abordado que ele está sendo vigiado, recolher preventivamente sua identificação, para que, na hipótese de eventual prática delitiva, sua identidade já seja conhecida e facilite-se a investigação. Trata-se primariamente de uma estratégia de interrupção preventiva do possível *iter criminis*, portanto uma medida de segurança pública, na medida em que uma pessoa já abordada pela Polícia será dissuadida a continuar na eventual prática delituosa. Apenas de forma secundária a abordagem configurará uma medida de investigação, no caso de o crime (ou um ato de tentativa) vir efetivamente a ser praticado.

250.8), mas que não admite a condução coercitiva da pessoa (eventual testemunha) à unidade policial (Albuquerque, 2009:662).

²³⁴ Sobre o tema, ver Georgel, 1996:7-44; Decocq *et al.*, 1998:549-568; A.F. Oliveira, 2009:171-184; e Valente, 2009:246-252 (este último apenas para o controle de identificação de Polícia Judiciária).

²³⁵ Nesse sentido, a Itália prevê o controle de identificação de segurança pública no art. 4º do Texto Único da Lei em Matéria de Segurança Pública (R.D. n. 773/1931) e do art. 7º do respectivo regulamento, quando se estiver diante de uma pessoa perigosa ou suspeita e em relação à qual “não pode ou se recusa a comprovar sua identificação”.

Esse controle de identificação também pode ser realizado de forma incidental ao esclarecimento de uma situação de possível prática de crime. Nesse caso, há uma situação indiciária de possível prática de infração penal, sendo lícito à autoridade policial realizar diligências preliminares para tentar esclarecer se a aparência de possível crime efetivamente corresponde à realidade e, para tanto, poderá recolher a identificação do suspeito e eventualmente realizar outras diligências de esclarecimento (como uma revista pessoal). Se a suspeita não se confirmar, ainda assim será lícito recolher-se a identificação do abordado. Todavia, essa situação se diferencia da outra hipótese acima abordada de fundada suspeita de que a pessoa é autora de crime, pois enquanto na situação de suspeita genérica admite-se tão somente a indagação verbal de identificação, na situação de fundada suspeita já se admite outras intervenções mais gravosas, como eventualmente a condução coercitiva para realização da identificação criminal.

Assim, a realização de um controle de identificação de segurança exige um quadro de intervenção indiciária mínima para sua justificação, sob pena de se constituir numa intervenção sem qualquer pressuposto fático, portanto, uma intervenção arbitrária (cujo pressuposto estaria ao livre arbítrio do executor) e que, portanto, não poderia ser aceita pelo Estado de Direito.

Entre esses indícios podem ser elencados: andar em volta de um automóvel, tentar dissimular uma sacola ao ver os policiais, andar em um estado de embriaguez manifesta susceptível de ser proveniente da utilização de substâncias estupefacientes, esconder-se da Polícia com o rosto encapuzado ou o fato de olhar longamente e com insistência as bolsas de pedestres²³⁶. Jobard acrescenta outras situações que são reconhecidas pela jurisprudência francesa como causas de autorização de uma abordagem policial: “o fato de mudar de direção ao ver os policiais, alterar a velocidade de sua caminhada, andar errante em via pública ou se apresentar como um ‘vagabundo’, correr ou parar de andar ao ver os policiais, demonstrar-se manifestamente nervoso ao cruzar com uma viatura policial”²³⁷. Segundo Bouloc, a existência de vários delitos em um bairro determinado podem caracterizar uma situação de atentado à ordem pública que justifique a relativização desses critérios, todavia, ainda assim é necessário se verificar uma circunstância concreta particular que demonstre o risco concreto à ordem pública

²³⁶ Bouloc, 2010:387. Ver ainda Decocq *et al.*, 1998:545; J.C. Assis *et al.*, 2008:51. Todavia, meras denúncias anônimas não são consideradas com legitimadoras de um controle de identificação pela jurisprudência francesa.

²³⁷ Jobard, 2002:185.

que justifique a diligência de controle de identificação²³⁸. Poderíamos acrescentar o fato de uma pessoa ou grupo de pessoas andarem em via pública durante a madrugada em local de alta incidência de crimes, estarem fazendo algazarra em via pública. Todavia, não é admissível que um controle de identificação seja realizado de forma generalizada e puramente discricionária, sem se fundamentar em qualquer critério objetivo a justificar a abordagem, pelo simples fato de o policial achar (subjektivamente) que o abordado é uma pessoa socialmente perigosa, pois nessa situação não haveria um ato discricionário (guiado por balizas legais), mas meramente arbitrário (sem qualquer baliza)²³⁹.

Todavia, como pondera Jobard, esses critérios excessivamente abertos e a própria dinâmica da ação policial, usualmente não sujeita a testemunhas, acabam impedindo uma contraprova da sua não-presença, de forma que o policial se torna virtualmente um juiz absoluto dos pressupostos de fato de sua intervenção; especialmente nos locais socialmente desestruturados, esses critérios abertos acabam por criar uma “arena de ação policial”, na qual virtualmente qualquer abordagem policial se legitima, ainda que fundamentada por estereótipos de preconceito²⁴⁰. Vale lembrar a argumentação de Reiner, de que em muitas situações a Polícia age de forma arbitrária, segundo suas regras operacionais, e posteriormente documenta sua intervenção segundo regras de apresentação, destinadas a criar uma maquiagem de legitimidade jurídica à sua intervenção puramente arbitrária²⁴¹. A doutrina jurídica ainda não conseguiu construir uma solução plenamente satisfatória para esse problema, que é inerente à ação policial: é necessário à Polícia ter ferramentas de intervenção que lhe permitam ser minimamente eficiente no controle da criminalidade²⁴². Ainda assim, é relevante ter em mente que o problema existe e não pode ser negligenciado.

²³⁸ Indicando a impossibilidade de apenas o local e o horário justificarem um controle de identificação: Decocq *et al.*, 1998:553 *et seq.*

²³⁹ A posição brasileira mais antiga defendia um verdadeiro poder de identificação independente de pré-requisitos, simplesmente derivado do poder de polícia, já que “o ilícito campeia em todo lugar [...] e] ninguém traz escrito na testa sua condição de delinquente”; J.C. Assis *et al.*, 2008:85. Ver ainda Lazzarini, 1999.

²⁴⁰ Jobard, 2002:185.

²⁴¹ Reiner, 2004:133-4; ver *supra*, item 1.4.2.7.

²⁴² Uma construção excessiva de controles, como, v.g., obrigar a Polícia a realizar gravações audiovisuais de todas as suas abordagens de rua, teria um custo operacional de eficiência muito elevado para poder ser disseminado e tornar-se factível. Vale lembrar que, nos EUA, muitas cidades exigem que as abordagens de trânsito sejam documentadas por gravações audiovisuais realizadas por câmaras instaladas nas viaturas dos policiais (sendo muitas vezes utilizadas como prova da legitimidade da ação policial). Para as abordagens de rua, essa documentação se torna muito mais complexa.

De qualquer sorte, o policial não fica isento do dever jurídico de justificar a presença dos pressupostos de fato concretos de sua abordagem, que se revistam ao menos formalmente de um mínimo de legitimidade jurídica, sendo necessário, para o controle posterior da legalidade da intervenção, que os indícios que motivaram a diligência estejam devidamente documentados no relatório (ou ata) da diligência de forma específica e individualizada, de forma a deixar claro que não se tratou de uma abordagem arbitrária (ou seja, por mero arbítrio subjetivo, sem pressupostos fáticos concretos)²⁴³. Ademais, não faz sentido realizar um controle de identificação para não se documentar esse controle, pois as informações recolhidas naturalmente iriam se perder se não documentadas²⁴⁴.

No âmbito de um controle de segurança, não existe obrigação legal de a pessoa fornecer ao policial informações sobre o porquê estar em um local, ou o porquê de determinados comportamentos anteriores. Sua recusa de prestar informações, isoladamente, não pode justificar qualquer detenção policial.

Na França, para a realização de controles de identificação coletivos em áreas e por períodos de tempo determinados (operações *coup de poing*, no Brasil conhecidas como *blitz*), é necessária a prévia autorização escrita Ministério Público (art. 78-2.2 do CPP francês). O fato de se exigir autorização escrita para controles coletivos de identidade indica a necessidade de um especial formalismo na diligência, indicando-se na autorização as razões de fato que justificam a necessidade da diligência²⁴⁵. A fundamentação deve recair sobre a gravidade e caráter repetitivo das infrações que se investigam. No caso de diligência realizada mediante autorização do

²⁴³ Há jurisprudência francesa (França, Corte de Cassação, Criminal, 3 maio 2007, *apud* Guinchard e Buisson, 2009:512; França, Conselho Constitucional, 5 ago. 1993, déc n. 93-323, *apud* Decocq *et al.*, 1998:555) de que a realização de um controle de identificação fora das hipóteses de admissibilidade, sem qualquer suspeita nem concreta nem abstrata, deve ser considerado como um desvio de poder, a gerar sua anulação, pois “os controles de identidade generalizados e discricionários são incompatíveis com o respeito às liberdades individuais”.

²⁴⁴ Na França, esse controle de identificação por razões de segurança pública reconduz-se às garantias procedimentais do controle de identificação para fins de investigação, ou seja, a diligência deve ser documentada em ata, com fundamentação da necessidade concreta da medida, a ser posteriormente encaminhada ao Ministério Público para controle, sendo inadmissíveis as cláusulas de estilo genéricas. Decocq *et al.*, 1998:552 *et seq.*

²⁴⁵ Decocq *et al.*, 1998:547. Segundo tais autores, a necessidade de prévia autorização do Ministério Público para realização desse controle coletivo de identificação decorre de os interesses constitucionais em jogo necessitarem de uma especial proteção, não sendo admissível que eles fiquem na livre disposição de autoridades policiais.

Ministério Público para controles coletivos, o fato de ser descoberto crime diverso do que inicialmente justificou a diligência não a torna nula²⁴⁶.

4.6.4.6 Controle de identificação administrativo (controle de autorização ou de acesso)

Várias atividades administrativas necessitam de prévia autorização para serem desempenhadas, sendo exigível nessas situações que a pessoa apresente um documento autorizando-a a exercer um direito ou liberdade quando exigido. Essa é a situação de necessidade de ter um título especial para a condução de veículos (CNH), ou autorizações especiais para motoristas profissionais ou taxistas, exercício de comércio ambulante, comerciantes de bebidas, caçadores e pescadores profissionais, e vários outros. Determinados produtos controlados exigem uma autorização administrativa para seu manuseio, sendo necessário o controle da existência de autorização, o que pressupõe um controle de identificação²⁴⁷. Quando cidadãos ou estrangeiros desejam ingressar no território nacional, há um controle para se verificar se os documentos de trânsito internacional estão em ordem (passaporte, visto, passagem aérea, comprovante de estadia *etc.*). Posteriormente, a Polícia de estrangeiros pode realizar um controle da regularidade da permanência desses estrangeiros no território nacional durante eventuais inter-relações com autoridades públicas²⁴⁸.

Nessas situações, o Estado possui o dever de assegurar que o exercício dessas atividades seja devidamente fiscalizado, para que numa pessoa não autorizada não venha indevidamente a exercer o direito regulamentado, violando a norma e eventualmente colocando em risco a coletividade. Apesar de as pessoas em geral não terem obrigação de andarem com seus documentos de identificação, quando exercerem algumas das atividades para as quais existe um

²⁴⁶ Nessa situação, a jurisprudência francesa não exige necessariamente que haja indícios da prática ou risco de prática do crime, sendo admissível a autorização do Ministério Público para realização da *blitz* como mera medida genérica de segurança: Boulloc, 2010:386.

²⁴⁷ Sobre a atividade de fiscalização inerente ao exercício do poder de polícia, ver Cretella Jr., 2006; Gasparini, 2009:131; C.A.B. Mello, 2011:851.

²⁴⁸ Na Europa, o controle penal da imigração tem acentuado o recurso a controles de identificação contra imigrantes, para verificar a regularidade de sua no território nacional. Um excessivo recurso a esse expediente, todavia, e o reforço do direito penal para assegurar o controle da política migratória, tem tido efeitos colaterais muito negativos na condição dos diversos imigrantes regulares, criando-se uma verdadeira cidadania de segunda categoria e uma cisão entre nativos e imigrantes que fomenta a discriminação desses últimos. Sobre os problemas do controle penal da imigração na Europa, ver Ávila, 2011. Sobre a problemática de exigir-se indícios objetivos para a abordagem de estrangeiros, e o risco de se utilizar o critério do estereótipo, do aspecto corporal externo, dos traços culturais (denominado de *faciès*), o que acaba por submeter todos os estrangeiros ao risco de sofrerem esse controle, o que gera uma generalizada aceção de pessoas, ver Decocq *et al.*, 1998:557-560 e Boulloc, 2010:388.

controle administrativo específico, então será necessário que portem a respectiva autorização e comprovem por documento sua identificação. Esse controle da regularidade do exercício de um direito dependente de prévia autorização estatal constitui uma modalidade diversa do controle de identificação para fins de investigação ou de segurança pública, tanto em seus pressupostos quanto em suas consequências, já que seus pressupostos estão ligados apenas ao exercício de um direito e ao dever do Estado de fiscalizar as pessoas que estão a exercer tal direito, bem como difere em sua consequência, pois a não apresentação da autorização ensejará a aplicação de uma multa administrativa e não um controle de identificação em sentido criminal²⁴⁹. Todavia, não raro, determinadas legislações estaduais atribuem às Polícias legitimidade para realizar o controle de determinadas atividades administrativas, o que reconduz o controle de identificação administrativo como uma possível diligência policial. Mas também outras instituições públicas com poder de polícia podem realizar essas atividades fiscalizatórias, como DETRAN, fiscais de obras, fiscais de atividades comerciais, fiscais da receita, do trabalho, previdenciários e outros.

Assim, não vemos qualquer problema em se realizar *blitz* policial para uma checagem aleatória da existência de carteira de habilitação pelos motoristas, bem como para a inspeção das condições de regularidade da circulação do veículo (v.g., regularidade dos pneus e da placa de identificação, e a existência dos equipamentos essenciais à circulação, como extintor de incêndios, “macaco” ou triângulo). Não é necessária a existência de qualquer requisito de “fundada suspeita” para o Estado realizar uma fiscalização administrativa, pois não se está investigado crimes, mas realizando uma atividade rotineira de fiscalização administrativa. Quando um cidadão obtém uma autorização de condução ele está implicitamente aceitando submeter-se aos atos de fiscalização estatal inerentes à regulamentação dessa atividade social.

Todavia, a admissibilidade de um controle de autorização administrativa não pode ser expandido para se tornar um controle de identificação de segurança pública sem a presença dos requisitos específicos. Por exemplo: o fato de um policial parar em uma *blitz* um motorista para lhe solicitar comprovação da carteira de habilitação não lhe permite, sem quaisquer outros indícios objetivos, submeter todos os passageiros do veículo a um controle de identificação de segurança pública. Para tanto seria necessário a presença dos requisitos específicos do controle de segurança pública (fundada suspeita de ter cometido ou vir a cometer

²⁴⁹ Realizando a distinção, ver Decocq, *et al.*, 1998:557.

um crime). Da mesma forma, se um policial ingressa num local que vende bebidas alcoólicas, ele não pode automaticamente solicitar a identificação de todos os consumidores que estão no local, ao argumento abstrato de verificar se não está presente eventualmente um menor, se não houver uma fundada dúvida de que um consumidor específico é menor de idade²⁵⁰.

Há ainda determinados locais que são de acesso restrito ou controlado e que, portanto, possibilitam um controle de identificação para permitir-se o acesso. É o que ocorre em diversas repartições públicas, em que o acesso do público pode ser submetido a um prévio registro e controle, ou ainda quando o acesso for restrito, que se verifique a prévia autorização de acesso e haja um controle para não se permitir circulação por áreas não permitidas àquela pessoa. Também ocorre essa exigência de identificação para o acesso às áreas de embarque de aeroportos. Finalmente, determinados atos administrativos postulatórios podem exigir prévia confirmação da identificação (v.g., um registro de ocorrência policial)²⁵¹.

Esses controles de identificação administrativos, apesar de não se confundirem com os controles de identificação de segurança pública, podem ter inter-relação, pois, ao se realizar um controle de verificação de habilitação de trânsito, é possível que se localize uma pessoa contra a qual há expedido mandado de prisão, sendo então lícita a detenção. Nessa situação, apesar de não haver uma diligência de investigação, ocorre um encontro fortuito da informação investigativa.

4.6.5 *Legitimidade Ativa*

Possuem legitimidade ativa para realizar um controle de identificação os agentes de segurança pública. Isso inclui os policiais militares, os policiais civis e os policiais federais, no âmbito de suas respectivas atribuições.

Não possuem atribuição legal para realizar um controle de identidade de segurança ou de investigação os eventuais guardas municipais, agentes de segurança particular (em área pública), agentes do IBAMA, fiscalização do trabalho ou previdenciária e outros

²⁵⁰ Exemplo em Decocq *et al.*, 1998:557, fazendo menção à *teoria da aparência* para justificar uma intervenção policial.

servidores públicos, por não serem órgãos de segurança pública, no sentido do art. 144 da CRFB/1988. Todavia, nada impede que tais servidores públicos ou particulares, ao constatarem a prática de uma infração em flagrante delito, venham deter o infrator, conduzindo-o à presença de uma autoridade de polícia de investigação ou de segurança pública, ou solicitando sua presença ao local, na presença da qual poderá ser realizado o controle de identificação e demais diligências própria da situação de flagrante. Todavia, tais autoridades administrativas poderão, para o exercício de suas funções, solicitarem a identificação dos responsáveis por determinadas atividades sujeitas à sua fiscalização, e a omissão de esclarecimento da identificação poderá ensejar a eventual responsabilização administrativa respectiva.

Apesar de a legitimidade ativa para realização do controle de identidade estar limitada aos agentes das forças de polícia investigativa ou de segurança pública, seria conveniente que a lei explicitasse a necessidade de tais diligências realizarem-se sempre sob a fiscalização de um superior hierárquico (oficial da Polícia Militar ou delegado de polícia), seja a execução sob ordens diretas dessa autoridade policial, seja mediante recomendações gerais de padrões de conduta, especialmente mediante a necessidade de comunicar tais autoridades da realização de ditas diligências logo quando de seu início, de forma a assegurar a melhor proteção possível aos direitos fundamentais em jogo²⁵².

4.6.6 *Garantias procedimentais de controle*

Um primeiro requisito procedimental de legitimidade da diligência de controle de identificação é o policial identificar-se como tal perante o abordado e informar-lhe dos motivos que legitimam o controle de identificação e os meios pelos quais este pode identificar-se.

²⁵¹ Decocq *et al.*, 1998:560-568, faz menção de um “controle de fronteiras” no direito francês (CPP francês, art. 78-2), consistente na possibilidade de realizar controles de identificação aleatórios, sem necessidade de indícios concretos, pelo simples fato de uma pessoa estar numa zona de fronteiras (v.g., aeroporto).

²⁵² Nesse sentido, na França, o controle de identificação (apenas a solicitação de prestar a documentação, não a eventual restrição da liberdade subsequente) é de responsabilidade exclusiva dos oficiais de polícia judiciária. Sobre o tema, dissertam Decocq *et al.*, 1998:539, “tal disposição visa apenas significar que os oficiais de polícia judiciária assumem a responsabilidade e o comando de todos os controles de identificação, sem exigir uma ordem expressa para cada um deles; ainda é necessário que exista ao menos uma instrução geral, mencionada na ata da diligência do controle de identificação”.

Esses requisitos visam dar legitimidade à diligência, tornando claro que não se trata de um ato de mera arbitrariedade do policial²⁵³.

Como visto, no sistema brasileiro, se uma pessoa, fora da situação de fundada suspeita concreta da prática de crime, ao ser questionada por agente policial sobre sua identidade, apenas fornece verbalmente seu nome, filiação, data de nascimento e número de identificação, deve-se reconhecer que ela se identificou validamente, cumprindo às autoridades públicas confirmarem a veracidade da informação obtida. Se eventualmente o abordado se recusar a se identificar ou houver um indício concreto de falsa identidade, será admissível que o policial realize a condução coercitiva da pessoa a um posto de polícia diante de uma fundada suspeita da prática da infração penal de menor potencial ofensivo de omissão de identificação ou de falsa identidade, e tombamento do respectivo TC (ao menos, a situação de flagrante putativo justifica tal coerção inicial); todavia, a formalização da autuação do suspeito pela falsa identidade estará condicionada à efetiva comprovação de falsa identidade.

Nas situações em que seja justificável a exigência de um documento de identificação, por suspeita concreta da prática de crime, deve-se aceitar um princípio de liberdade nos meios de prova, de sorte que sejam admitidos quaisquer documentos, públicos ou particulares, que contenham a fotografia da pessoa e permitam de forma indubitável estabelecer a identidade da pessoa. O art. 2º da Lei n. 12.037/2009 relaciona os documentos que são legalmente admissíveis como aptos à identificação civil como sendo: documento de identidade, carteira de trabalho, carteira profissional, passaporte e documento de identificação funcional, todavia, fecha a enunciação com uma cláusula genérica, admitindo “outro documento público que permita a identificação do indiciado”. Nesse sentido, também devem ser admitidas como suficientes para comprovar a identidade a Carteira Nacional de Habilitação ou mesmo documentos expedidos por instituições particulares, sobre os quais não pare dúvidas de autenticidade. Parece-nos razoável admitir-se a identificação mediante cópia autenticada de documento que contenha seu nome completo, assinatura e fotografia²⁵⁴. Ao contrário, não podem ser aceitos como comprovação cabal da identidade documentos que não contenham fotografia,

²⁵³ Em sentido semelhante é o art. 250.2 do CPP português.

²⁵⁴ Nesse sentido é o art. 250.4 do CPP português.

como CPF, cartões bancários e outros (ainda que sejam indicativos da veracidade da informação prestada).

A mera solicitação de fornecimento da identidade (controle de identificação) possui mecanismos de controle limitados à esfera policial por ser uma intromissão meramente tangencial em seus direitos fundamentais. Assim, se houve questionamento e resposta *in loco*, deve tal diligência ser objeto de uma documentação sumária pela autoridade policial, para seu controle interno (aliás, não teria lógica questionar a identidade para não documentar a informação recebida). Também deveria, de *lege ferenda*, haver emissão obrigatória de uma notificação de controle ao abordado, que permitisse documentar o motivo da abordagem, o autor da abordagem, e as eventuais intercorrências, pois esse controle é um dos pontos de maior tensão no relacionamento entre Polícia e cidadão²⁵⁵. A transparência da diligência é especialmente incrementada pela obrigação de identificação do policial ao cidadão ao término da diligência (preferencialmente com a identificação ostensiva de seu nome no uniforme policial)²⁵⁶. Todavia, o eventual uso de coerção física para esclarecer uma situação suspeita (verificação da identidade), especialmente se há privação, ainda que momentânea, da liberdade, está condicionada a mecanismos especiais de controle ligados ao Sistema de Justiça Criminal. Como visto acima, todos os países europeus indicados prevêm um controle posterior pelo Ministério Público da abordagem policial para controle de identificação. Portanto, se houve uma condução coercitiva do local dos fatos à Delegacia de Polícia (diante de fundada suspeita do crime de falsa identidade, ou ainda no caso de fundada suspeita da autoria de crime grave aliada à não apresentação de identificação civil), essa situação de condução coercitiva deve ser devidamente documentada, encaminhando-se cópia do relatório da diligência ao Ministério Público e ao juiz, para o controle da legalidade da diligência. Deve-se aplicar aqui, por analogia, o art. 10 da LC n. 75/1993, bem como a argumentação anteriormente já expedida sobre a necessidade de documentação e controle das detenções em flagrante delito que não se convertem em prisão em flagrante²⁵⁷.

²⁵⁵ Destacando a conflituosidade, registrando essa regra Inglaterra, Espanha (Distrito de Fuenlabrada) e EUA, e recomendando sua conveniência na França, ver França, *Le Défenseur des Droits*, 2012.

²⁵⁶ Sobre esse ponto, ver França, ver França, *Le Défenseur des Droits*, 2012:31, o qual discute ainda sobre a conveniência ou não de se identificar o abordado (sobre o risco de catalogação sistemática desses dados dos abordados num cadastro de dados pessoais).

²⁵⁷ Acima, subseção 4.4.3. Na Inglaterra, até mesmo a abordagem policial para pedido de explicações sobre o comportamento da pessoa (porque estar naquele local, porque ter tido determinado comportamento), chamado de

Já os controles de identificação com finalidade de mera segurança pública ficam limitados ao controle interno da Polícia. De *lege ferenda*, seria conveniente disciplinar em lei em quais situações seria admissível uma exigência forte de documentação da diligência para satisfazer o controle de identificação de segurança pública, especialmente quando o próprio abordado faz a solicitação de uma cópia da ata da diligência.

Vale lembrar que é inadmissível que um policial, após a diligência, realize a retenção do documento de identificação da pessoa que o apresente, fato constitutivo da contravenção penal prevista no art. 3º da Lei n. 5.553/1968. Exceção feita, por óbvio, à hipótese de documento falsificado ou com fundada suspeita de falsificação, para se realizar o devido exame pericial de autenticidade, quanto ao crime de uso de documento falso. Mas em tal situação deve haver a formal apreensão do documento, mediante o respectivo auto.

Finalmente, a última questão a ser analisada seria o limite temporal admissível para um controle de identificação. Conforme visto anteriormente, outros países estabelecem prazos diferenciados. Em Portugal são 6 horas, na Itália 12 horas, França 4 horas, Alemanha 12 horas, e Espanha o estritamente necessário (sem prazo fixo). Há precedente do TEDH entendendo que o prazo além de 12 horas para uma detenção de identificação é excessivo à luz do art. 5.1.b da CEDH²⁵⁸. Parece-nos que o prazo de 6 horas é mais que razoável para a diligência, ao menos no contexto urbano. Esse prazo pode ser aplicado por analogia a todas as situações de restrição momentânea de liberdade para fins investigativos.

4.7 Revista Pessoal

4.7.1 Inserção no quadro de garantias fundamentais

A revista pessoal consiste no ato de se procurar alguma coisa que esteja nas vestes ou objetos que uma pessoa traga consigo (valises, pastas, carteira) ou ainda em contato

encounter, deve ser obrigatoriamente objeto de um relatório, com direito ao abordado de ter uma cópia desse relatório. Ver: Inglaterra, PACE 1984, Code A, item, 4.12 a 4.20.

²⁵⁸ TEDH, casos *Vasileva vs. Dinamarca* e *K.F. vs. Alemanha*. Ver comentários em Albuquerque, 2010:665. Com um breve estudo de direito comparado sobre os limites temporais do controle de identificação: Monet, 2006:116-117.

direto com o corpo²⁵⁹. Revista é uma busca na pessoa, enquanto a busca (em sentido estrito) realiza-se sobre locais ou objetos. Entendemos que as inspeções em cavidades orgânicas relacionadas como o sentimento de pudor (v.g., vagina e ânus), ou ainda extração coativa de amostras corporais intrusivas (mediante procedimentos médicos) excedem os limites da mera revista pessoal, devendo ser reconduzidas à categoria de intervenções corporais (uma forma qualificada de revista pessoal que merece tratamento independente), pois o grau mais elevando de intrusão nos direitos fundamentais do abordado deve exigir prévia decisão judicial, como regra²⁶⁰.

O regramento das revistas pessoais deve ser perspectivado necessariamente como uma restrição a direitos fundamentais. Apesar de a Constituição Brasileira não falar expressamente nesse direito, ele pode ser depreendido do sistema de valores subjacente à Constituição. Há cinco perspectivas de direitos fundamentais relacionados com uma revista pessoal: direito à liberdade pessoal, direito à liberdade de locomoção, direito à boa imagem, direito ao respeito ao pudor e direito à privacidade.

O direito à liberdade pessoal é uma das modalidades da liberdade física, que corresponde ao direito de não andar aos “trancos e barrancos” com outrem, de ter seu corpo respeitado e de não ser obrigado a fazer com seu corpo aquilo que não deseja. Ela deriva da ideia mais elementar de liberdade, que é o direito de “poder fazer tudo quanto não lesione a outrem” (art. 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789). A ofensa à liberdade pessoal fica clara pela potencialidade de uso da força para se cumprir uma diligência de revista pessoal. Há claramente uma restrição à liberdade pessoal, de não sofrer constrições em seu corpo, tanto que a violação dessa liberdade pessoal em outras situações configuraria a contravenção penal de vias de fato (LCP, art. 21) ou o crime de constrangimento ilegal (CP, art. 146), ou seja, o uso da força sobre uma pessoa, contra sua vontade, para que ela faça ou deixe de fazer algo. Nessa perspectiva, a liberdade pessoal abrange o direito de não ser submetido a revistas em suas vestes e seu corpo se não houver uma razão forte o suficiente para justificar a medida.

²⁵⁹ Tradicionalmente são incluídas no conceito de revista pessoal inspeções em cavidades orgânicas no conceito de revista pessoal: Tourinho Filho, 2001(v.3):420; J.F. Marques, 2009(v.2):311; Tornaghi, 1990:467.

²⁶⁰ Ver mais comentários abaixo.

A revista pessoal também configura uma restrição momentânea da liberdade de locomoção, pois enquanto perdurar a diligência a pessoa abordada não poderá deixar o local, ficando, durante esse breve período de tempo, retida pelos policiais²⁶¹.

Durante a revista pessoal há uma restrição ao direito à boa imagem, tendo em vista que essa diligência é usualmente realizada em via pública, com exposição do abordado ao vexame público e à decorrente estigmatização social²⁶². No caso de revistas pessoais que envolvam a retirada de peças de roupas, há um enorme potencial de humilhação na diligência pela violação do sentimento de pudor da pessoa abordada; ainda que se recomende fortemente sua minimização, há o potencial. Também há uma restrição ao direito à privacidade, já que uma área excluída da livre apreciação do público (área entre a pele e a roupa, bolsos, carteiras, sacolas e bolsas) será devassada por terceiros, portanto uma área com uma legítima expectativa de privacidade²⁶³.

Portanto, está em jogo um conjunto de direitos fundamentais que remete ao direito mais elementar de ser tratado de forma digna (algo próximo da ideia de dignidade da pessoa humana). Assim, a revista pessoal deve necessariamente ser vista como um constrangimento, uma restrição a direitos fundamentais, que, todavia, pode ser justificada se tais direitos estiverem em conflito com a necessidade de eficiência da persecução penal ou de prevenção de perigos, observando-se sempre os requisitos de proporcionalidade. Afirmar que as revistas pessoais não configuram detenção e não lesionam nenhum direito fundamental seria mascarar uma ponderação subjacente, pois há uma restrição ao âmbito de proteção do direito fundamental, todavia a restrição será legítima por haver outros direitos fundamentais em colisão²⁶⁴. Para tais restrições, ainda que superficiais, haveria em contrapartida um dever fundamental de colaboração com a segurança pública (art. 144, *caput*, da CRFB/1988), no

²⁶¹ Ver comentários *supra*, seção 4.4. Na Inglaterra, assim que se inicia uma revista pessoal o policial deve informar o abordado que ele está momentaneamente detido para a realização da revista: Inglaterra, PACE 1984, Code A, item 3.8.a.

²⁶² Qualifica a revista pessoal como um ato vexatório: Tourinho Filho, 2001(v.3):420. Tanto que caso um consumidor venha a ser submetido por revista pessoal em estabelecimento comercial, sem qualquer justa causa, essa conduta configura um constrangimento que gera direito à indenização por danos morais; ver: STJ, 4ª T., AgRg no Ag 1208156/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. 2 jun. 2011, DJe 20 jun. 2011; STJ, 3ª T., AgRg no Ag 759.510/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14 jun. 2007, DJ 3 set. 2007, p. 169.

²⁶³ Reconhecendo uma lesão à intimidade e privacidade, ver E.P. Oliveira, 2009:385.

²⁶⁴ Indicando diversas posições doutrinárias no sentido de que as revistas não configuram restrição a qualquer direito fundamental, todavia concluindo no sentido do texto, ver J.T.C. Carvalho, 2009:184. Para uma discussão sobre o âmbito de proteção amplo ou restrito dos direitos fundamentais, ver Alexy, 2002:296.

sentido de submeter-se à revista e colaborar para se dissipar uma suspeita (ainda que infundada)²⁶⁵.

Em nossa visão, as revistas pessoais, bem como sua modalidade agravada de intervenções corporais, jogam um papel meramente tangencial com privilégio contra auto-acusação (*nemo tenetur si ipsum accusare*). Na maioria das diligências, trata-se de uma colaboração meramente passiva, em que o investigado não age para produzir prova contra si, ao contrário, são os policiais que agem sobre ele para produzir a prova. Em verdade, a real quadratura das revistas pessoais está relacionada à eventual restrição do direito de locomoção (por breve período de tempo), à intimidade pessoal, e, mais especificamente para as intervenções corporais, à integridade corporal e à proibição de tratamento desumano ou degradante²⁶⁶. Ademais, também coloca especiais problemas ligados à vedação de tratamento discriminatório e ao controle de arbitrariedades, pois muitas vezes a revista pessoal pode ser utilizada como um

²⁶⁵ Sobre os deveres fundamentais, ver Canotilho, 2003:531-536; Paces-Barba Martínez, 1987.

²⁶⁶ Segundo A.S. Dias e V.C. Ramos, 2009:21 *et seq.*, diligências de intervenção corporal colocam problemas de colisão em relação ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, mas é admissível a restrição desse princípio de direito fundamental diante do “elevado valor social e constitucional dos bens jurídicos que com aqueles deveres se pretendem proteger” (Dias e Ramos, 2009:27). Em sentido semelhante, reconhecendo uma relação com o *nemo tenetur*, mas admitindo restrições em nome da proporcionalidade, quando “socialmente aceitáveis”: L.G.G.C. Carvalho, 2009. Em nossa visão, as intervenções corporais implicam numa restrição meramente tangencial com o privilégio contra a auto-incriminação, pois se trata usualmente de uma colaboração passiva, em relação às quais há um verdadeiro dever de suportá-las (ver Roxin, 2000:290; sobre o dever de suportar passivamente intervenções probatórias, ver o art. 61.3.d do CPP português; contra esse critério, ver Dias e Ramos, 2009:32). Os principais problemas estão relacionados com a vedação de provas que ofendam a dignidade, a liberdade pessoal (na perspectiva de disponibilidade sobre o próprio corpo e suas informações genéticas) e, eventualmente, a integridade física do visado na diligência. Nesse sentido, não incluindo as intervenções corporais no âmbito de proteção do *nemo tenetur*, ver acórdão do TC português n. 155/2007, e ainda a AcRP de 19 out. 2011, rel. Des. Moisés Silva. Ainda no mesmo sentido, não relacionando o *nemo tenetur* com a extração coativa de sangue, ver França. Conselho Constitucional. Decisão n. 22/2010 QPC, de 16 set. 2010 (especialmente item 17). Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-25-qpc/decision-n-2010-25-qpc-du-16-septembre-2010.49343.html>>, acesso em: 16 ago. 2011. A preocupação de se relacionar o *nemo tenetur* com as intervenções corporais é o receio de retorno da instrumentalização do corpo do investigado, como ocorre na hipótese de tortura, em que o corpo do investigado se torna mero objeto de disposição do investigador (pois o reconhecimento histórico do direito ao silêncio possui relação direta com a vedação da tortura). Todavia, cremos que o âmbito de proteção do *nemo tenetur* está relacionado com a proibição de ser obrigado a praticar atos para se auto-incriminar, ou seja, de colaborar ativamente para sua condenação. Se o *nemo tenetur* alcançasse qualquer espécie de participação passiva do investigado nas investigações, ele alcançaria, além da revista pessoal e das intervenções corporais, a colheita de impressões digitais, a submissão ao reconhecimento pela vítima ou testemunhas, diligências investigativas como a análise do lixo do investigado, a gravação audiovisual em local público e até mesmo as buscas domiciliárias para apreensão de objetos pessoais, tendo o *nemo tenetur* um alcance tão amplo que abarcaria quase tudo na investigação criminal (a qual, por definição, é uma intromissão no *right to be let alone* do investigado). Parece-nos que metodologicamente se ganha mais ao se reservar o *nemo tenetur* para seu âmbito de proteção mais específico: vedação de ser obrigado a colaborar ativamente na investigação (com um núcleo essencial no direito

instrumento direcionado especificamente ao controle de pessoas rotuladas como perigosas, especialmente jovens negros pobres ou contra grupos miniritários²⁶⁷.

Nesse sentido, a Constituição Italiana prevê em seu art. 13 que a liberdade pessoal é inviolável, e nesse conceito de liberdade pessoal inclui-se tanto a vedação de detenções, bem como (expressamente) a realização de revistas pessoais e outras restrições à liberdade pessoal, exceto mediante prévia autorização da autoridade judiciária (que na Itália inclui o Ministério Público)²⁶⁸.

4.7.2 *Revistas de segurança vs. revistas de investigação criminal*

Há basicamente duas espécies de revistas pessoais: as de investigação e as de segurança. A primeira está ligada à busca de provas de possíveis crimes. A segunda está ligada à necessidade de assegurar que determinadas pessoas não estejam portando objetos perigosos (armas, facas, explosivos) em determinadas situações²⁶⁹.

A revista pessoal com a finalidade de obter prova de uma infração penal está prevista no CPP, art. 240, § 2º, o qual exige “fundada suspeita” de a pessoa abordada ocultar em seu corpo (em síntese) armas, objetos de posse ilícita, ou objetos relacionados à prova do crime. Assim, sempre que houver suspeita concreta da prática de crime, a revista não será de mera segurança pública, mas já será de investigação criminal, reconduzindo-se ao quadro normativo referido. Também está prevista essa diligência no curso de uma busca domiciliar, tanto para se garantir a segurança da diligência, bem como quando se vislumbrar que alguma das pessoas que estava na casa talvez esteja na posse de um dos objetos que se busca (ou seja, ainda no quadro de

ao silêncio e um âmbito periférico na vedação de colaboração com outras diligências investigativas, como, v.g., a reconstituição de local de crime ou o fornecimento coativo de padrão gráfico).

²⁶⁷ Ver considerações acima sobre o controle de identificação, subseção 4.6.1.

²⁶⁸ Chiavario, 2009:342.

²⁶⁹ Genericamente sobre o tema, ver Valente, 2009b:433-445; A.F. Sousa, 2009:221-230. J.T.C. Carvalho, 2009:164 *et seq.*, distingue entre *revistas civis*, feita por segurança privada, v.g., na porta de discotecas, estádios, bancos, ou ainda numa relação laboral e que está relacionada à liberdade do abordado submeter-se à revista para ter acesso ao serviço contratual; *revistas administrativas*, ligadas ao exercício de uma atividade de fiscalização, como as ligadas à atividade aduaneira, de tributação, fiscalização administrativa, segurança aérea, segurança pública (sujeita à intervenção indiciária); e as *revistas processuais penais*, ligadas à investigação de um crime. Para as revistas de segurança na França, ver Guinchard e Buisson, 2009:564. Afirma Ferrajoli, 2002:614, sobre as críticas de se “trabalhar uma substancial dissolução dos princípios garantistas penais e processuais com um simples jogo de palavras: chamando ‘medidas’ de prevenção, ou de segurança, ou cautelares, ou de polícia, sanções restritivas ou

uma fundada suspeita). Caso os objetos apreendidos estejam ligados à privacidade pessoal da pessoa, v.g., uma agenda telefônica ou anotações pessoais, ainda sim poderão ser apreendidos e utilizados como prova, pois sua apreensão está no âmbito ordinário das revistas pessoais²⁷⁰.

Já a revista de segurança é realizada ordinariamente nos aeroportos, para assegurar o não ingresso de tais objetos perigosos nas aeronaves e, portanto, não colocar em risco a vida ou integridade física dos demais passageiros ou ainda em locais de grande aglomeração de pessoas, como nas entradas de estádios de futebol ou apresentações musicais, pelos mesmos motivos²⁷¹. Determinados órgãos públicos, que por sua especial atividade podem se tornar alvos de conflituosidade (como fóruns, ou a sede do Ministério Público) também costumam introduzir detectores de metais para realizar uma “revista pessoal eletrônica” sobre as pessoas que desejam ingressar em suas dependências²⁷². O ingresso em presídios depende de prévia revista²⁷³. Nessa medida, a institucionalização de procedimentos de revista pessoal generalizada atua como um instrumento profilático contra desvios: sabendo que provavelmente haverá a revista pessoal em tais situações, dissuade-se que as pessoas venham a portar os referidos objetos perigosos à segurança. Essas são revistas condicionadas ao acesso: se uma pessoa deseja acessar um determinado lugar, deve submeter-se às regras de segurança desse local, que exigem prévia revista pessoal para o ingresso.

Em determinadas profissões em que lidam com bens de elevado valor, onde há elevado risco de prática de furtos, também é admissível que o empregador institucionalize rotinas

limitações processuais à liberdade substancialmente similares à pena, liberando-as, contudo, de todos os impactos garantistas”.

²⁷⁰ Sobre a relação entre revista pessoal e dados protegidos por segredo, ver J.T.C. Carvalho, 2009:201-204. Admitindo apreensão de agenda pessoal: STJ, 5ª T., HC 142.205/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, j. 4 nov. 2010, DJe 13 dez. 2010.

²⁷¹ Sobre a legitimidade da revista de segurança na entrada de estádios de futebol, ver J.C. Assis *et al.*, 2008:139.

²⁷² Admitindo a legitimidade de revista pessoal em advogado para o ingresso no Fórum, ver STF, 2ª T., HC 84270, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24 ago. 2004, DJ 24 set. 2004, p. 43. No julgamento do caso STJ, 2ª T., RESP 712.258/RS, rel. Min. Mauro Campbell, j. 17 dez. 2009, DJU 4 fev. 2010, assim afirmou o Tribunal sobre a revista pessoal de advogados em presídios: “Encontra-se dentro do limite da razoabilidade a imposição de restrição, ainda que incômoda, em prol de bem jurídico maior e mais abrangente - a segurança pública em geral e a dos presídios, em específico -, constituindo-se o ato em típico exercício do regime jurídico de sujeição especial que rege o vínculo entre os detentos e a administração penitenciária” (p. 3 do voto do relator). Ver ainda nesse sentido: STJ, 2ª T., HC 21.852/PA, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 29 mar. 2004; STJ, 1ª T., HC 30.621/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJU 1 mar. 2004. Entendendo que o poder de realizar revistas sobre advogados em Fóruns também se estende ao detector de metais: STJ, 2ª T. HC 28.024/SP Rel. Min. Franciulli Netto, DJU 10 nov. 2003.

²⁷³ A jurisprudência não tem criado obstáculos à revista generalizada de visitantes em presídios, por questões de segurança. Conferir: STJ, 5ª T., REsp 1111039/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 16 fev. 2012, DJe 5 mar. 2012.

de segurança para sua prevenção, que poderão eventualmente incluir revistas, se necessárias e proporcionais²⁷⁴.

Também há revista pessoal logo após um policial efetuar uma prisão, para assegurar que a pessoa que está sendo detida não porte tais objetos perigosos, colocando em risco a integridade física dos executores da prisão. Nessa hipótese a revista possui finalidade híbrida: é ao mesmo tempo uma revista de segurança dos policiais, e também uma revista de investigação subsequente à privação da liberdade, para procurar se localizar eventuais provas ligadas ao crime²⁷⁵. E há uma presunção legal de que a revista é necessária e urgente, dispensando-se a presença de outros requisitos de “fundada suspeita”²⁷⁶.

É possível a realização de uma revista com a finalidade de identificar a pessoa abordada (localizar documentos na carteira, localizar tatuagens ou insígnias que identifiquem pertencer a um grupo procurado), portanto, sendo reconduzida ao quadro legal do controle de identificação. Ela pode ocorrer, *v.g.*, para identificar uma pessoa inconsciente após um acidente de trânsito (finalidade de socorro) ou para esclarecer a identificação da pessoa presa (finalidade de investigação criminal).

A situação mais polêmica de revista de segurança é na hipótese de segurança pública em geral, ou seja, um policial encarregado de zelar pela ordem pública em local público (ou eventualmente sobre uma área particular) determina a realização de revista pessoal em uma pessoa que está no local submetido à sua atuação. Nessa situação, entendemos que se há uma situação geradora de perigo objetivamente presente, então seria justificável a realização da revista de segurança pública sobre os participantes da atividade. A regra em locais públicos é a vedação

²⁷⁴ Admitindo a realização de revistas pessoais no âmbito de relações trabalhistas de uma indústria: STF, 1ª T., AI 220459 AgRg, rel. Min. Moreira Alves, j. 28 set. 1999, DJ 29 out. 1999, p. 4. Entendemos que esse tipo de revista deve ser excepcional no âmbito das relações trabalhistas, apenas se justificando diante de numa necessidade premente, sempre que não houver outro meio de controlar o perigo relacionado, e ainda de forma não discriminatória e não ofensiva à dignidade do abordado.

²⁷⁵ Reconduzindo a revista logo em seguida à prisão a uma revista de segurança e não à revista de investigação, ver Valente, 2009b:253. Indicando finalidade híbrida, de segurança e de investigação: A.F. Sousa, 2009:229. Destacando esse segundo aspecto investigativo da revista em seguida à prisão, conforme previsto no art. 174.5.c do CPP português, ver P.P. Albuquerque, 2009:472. Ainda que haja finalidade híbrida, com a finalidade de segurança a justificar a relativização de prévia autorização judicial, a finalidade de investigação deve justificar o controle posterior. Assim, em Portugal, o relatório dessa revista necessita ser submetida à posterior apreciação pelo Ministério Público (não pelo juiz), para o respectivo controle.

de realização arbitrária de revistas sem pressupostos indiciários concretos, mas tal regra admitiria relativização havendo uma situação de perigo concreto a justificar a realização profilática de revistas pessoais, ainda que sem pressupostos indiciários individualizados sobre uma pessoa. Por exemplo, a realização, em local público, de atividades cívicas, políticas, religiosas, artísticas, culturais ou desportivas, nas quais haja uma grande concentração de pessoas a justificar um fundado receio à segurança pública²⁷⁷. Ainda assim, parece-nos que a revista pessoal generalizada não deveria ser automática, mas deveria haver uma fundada suspeita de perigo na situação a justificar a realização dessa medida. Portanto, não uma fundada suspeita sobre a pessoa abordada concretamente, mas uma fundada suspeita de perigo na situação de manifestação coletiva a justificar a atuação policial (v.g., notícia de que uma bomba está no local, ou informações obtidas por fontes de inteligência de que haveria um risco de atentado, ou informação de um estudante de que outros estudantes estariam com objetos pontiagudos com a finalidade de atacar alguém)²⁷⁸. Trata-se de uma intervenção semi-indiciária²⁷⁹. Assim, é a notícia objetiva de uma situação de perigo que justificará a revista pessoal coletiva, não a tornando um ato meramente arbitrário, mas sim necessário para a segurança²⁸⁰. O fato de haver elevado índices de crimes em determinada localidade (v.g., uma briga de “ganges”) pode eventualmente justificar uma operação policial no local, desde que com uma limitação espaço-temporal clara, sendo ainda justificável que haja autorização de um superior policial para sua realização, com posterior comunicação ao Ministério Público da diligência²⁸¹. O que não se pode admitir é a

²⁷⁶ Sobre a presunção legal nessa hipótese, ver Lupária, 2009:215. Em sentido contrário, o § 163b.2.2 da StPO alemã estabelece que a prisão não enseja automaticamente o direito de realizar a revista, mas essa deve ainda assim ocorrer diante de fundadas suspeitas de se ocultar um objeto perigoso; ver comentários em Roxin, 2000:284.

²⁷⁷ Essas hipóteses supracitadas estão expressamente previstas na legislação portuguesa (Lei n. 8/1997, de 12 de abril) como causas de justificação de revistas de segurança, para prevenção ao perigo à vida e integridade física dos participantes dos eventos, que podem ser realizadas de forma generalizada sobre todos os possíveis participantes do evento, ainda que não haja uma suspeita concreta sobre a pessoa abordada.

²⁷⁸ Referindo a necessidade de fundada suspeita (de perigo para a situação) para a realização desse tipo de revista de segurança, ver Valente, 2009b:443. E conclui que esse tipo de revista de segurança generalizada deve ser objeto, posteriormente, de um relatório a ser encaminhado ao Ministério Público, para o controle da legalidade da diligência policial. Também exigindo fundada suspeita genérica para realização de revistas de segurança em escolas: Inglaterra, PACE 1984, Code A, itens 2.28 e 2.29. Manifestando-se contrariamente às “revistas massivas indiscriminadas”, ver Gimeno Sendra, 2008:242.

²⁷⁹ Martín Morales, 2000:9.

²⁸⁰ Sobre o risco de expansão da atividade de prevenção e sua tentativa de compatibilização no princípio da proporcionalidade, ver comentários supra, itens 2.2.5 e 2.2.7.

²⁸¹ Exigindo autorização de superior e limitação temporal de 24 horas da diligência nessa situação: Inglaterra, PACE de 1984, Code A, item 2.13.

criação de suspeita com fundamento em estereótipos de discriminação sobre os socialmente excluídos²⁸².

Nem sempre uma revista de segurança positiva ensejará a responsabilidade criminal do revistado: no caso de facas, objetos pontiagudos, ou outros objetos potencialmente perigosos, mas não ilícitos (v.g., ripas de madeira ou latas de refrigerante fechadas em estádios de futebol), a revista provavelmente não ensejará responsabilidade criminal²⁸³. No caso de posse de armas de fogo, explosivos ou drogas, aí sim haverá a responsabilização criminal. Se houver a descoberta de objetos cuja posse seja ilícita no curso de uma revista de segurança, tratar-se-á de uma situação de conhecimento fortuito, na qual o motivo que justificou a intervenção inicial não previa como causa justificadora a suspeita de localização de tais objetos, mas nessa situação, diante a legalidade da diligência (situação de necessidade de realização de uma revista de segurança), os objetos fortuitamente localizados poderão ser validamente apreendidos²⁸⁴.

As revistas de segurança realizam-se numa lógica distinta das revistas de investigação: enquanto para a realização dessas últimas é essencial a existência de indícios da prática de um crime (pessoa andando na rua que, ao ver a Polícia, desata a correr com um volume debaixo da camisa), nas revistas de segurança não há presença de qualquer indício concreto (todas as pessoas que ingressam em uma aeronave devem submeter-se à revista pessoal, para evitar que haja o risco de um passageiro ingressar com alguma arma, objetos pontiagudos ou explosivos). As revistas de investigação inserem-se na lógica de reação a um crime já praticado, portanto limitam-se à necessidade de alguma suspeita objetiva da prática do crime para justificarem sua legitimidade. As revistas de segurança regem-se pelo princípio da precaução (prevenção do perigo), sendo destinadas a eliminar um risco possível à segurança, a dissuadir a eventual prática do crime pela dificuldade colocada na fase da preparação, consistente na

²⁸² Na expressão de Ferrajoli, 2002:633, “com motivações estereotipadas quanto à sua forma, apresentadas de maneira circular”.

²⁸³ Reconhecemos de duvidosa legalidade a contravenção penal de porte de arma branca, prevista residualmente no art. 19 da LCP, pois esse dispositivo exigiria a violação de uma licença da autoridade para configurar o crime, e não há qualquer diploma condicionando o porte de armas brancas a licença de qualquer autoridade pública (essa contravenção foi inicialmente projetada para aplicação ao porte de arma de fogo, não às armas brancas). O STJ continua entendendo pela tipicidade dessa contravenção penal para armas brancas: STJ, AgRg HC 138.975/MG, rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 7 fev. 2012, DJe 27 fev. 2012. Todavia, há precedentes pela atipicidade do porte de arma branca, ante a ausência de regulamentação de seu porte; ver: TJDFT, 20090210059962RSE, rel. Des. George Lopes Leite, 1ª T. Crim., j. 8 jul. 2010, DJE 12 ago. 2010, p. 156.

²⁸⁴ Sobre a legalidade dos conhecimentos fortuitos, no curso de uma busca inicialmente lícita, ver Ávila, 2007:227 *et seq.*

impossibilidade (ou na elevada dificuldade) de portar os objetos perigosos que a revista visa obstar. Há quem entenda que eleger a precaução como justificativa para tais restrições a direitos fundamentais importaria numa inversão de valores²⁸⁵. Todavia, os novos riscos que as sociedades de massa vieram proporcionar exigem novas estratégias de sua gestão associados às novas relações sociais, não fundadas no paradigma de ter a liberdade (inclusive a liberdade de desviar e de receber a pena), mas no paradigma da segurança. Essa segurança impõe uma restrição parcial a uma liberdade como uma precaução para minimizar as hipóteses de sofrer danos às demais liberdades, portanto, para incrementar as condições de usufruir as demais liberdades. Nessa situação, entre (1) a liberdade de não ser submetido de forma indiscriminada a revistas pessoais em aeroportos, e a consequente liberdade de não sofrer restrições antecipadas à possibilidade de explodir aviões, com a previsão apenas da sanção reativa ao desvio (apenas a sanção posterior como um preço da liberdade anterior) e, por outro lado, (2) a necessidade premente de evitar tais riscos, de um dano extremamente elevado, não apenas para o grande número de passageiros, mas também com repercussões para todos seus familiares e amigos (ou seja, um evento de elevado abalo social), mediante a submissão de todos os passageiros a revistas pessoais obrigatórias, parece claro que, nesse contexto de risco elevado a um bem jurídico de alta relevância e restrição tangencial a um outro direito fundamental de menor relevância na situação concreta (o de não ser importunado com as revistas pessoais), o valor de proteção à segurança terá preponderância²⁸⁶. Trata-se de uma exceção à regra geral de liberdade, com restrição espaço-temporal e uma justificação teleológica.

²⁸⁵ Ver críticas em Hassemer, 1995 e 1999, e argumentos acima, subseção 2.1.6.

²⁸⁶ Aqui qualificamos a realização das revistas como uma ofensa a um direito fundamental de menor relevância no sentido de que, apesar de a liberdade pessoal ser um direito fundamental, ou seja, a liberdade de não ser obrigado a fazer aquilo que não se deseja fazer, no caso específico da submissão a revistas pessoais de segurança, esse direito fundamental não pode ser qualificado como essencial à existência como ser humano, como os direitos à vida, à vedação de tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes, o direito à família, o direito à privacidade. Em outras palavras, uma pessoa não deixará de ser tratada com o respeito inerente a todos os seres humanos pelo fato de ser submetida a uma revista pessoal de segurança, numa situação de perigo que efetivamente a exija, pois essa diligência não se encontra no núcleo essencial da liberdade pessoal, ao contrário, está numa área em que, apesar de inscrita no âmbito de proteção desse direito fundamental, está sujeita a colisões com outros princípios fundamentais, que podem ensejar sua restrição quando o outro princípio fundamental em colisão tiver preponderância numa situação concreta. E é possível sua realização de forma a respeitar minimamente a dignidade do revistado (v.g., realizando-se a revista com retirada de roupas em uma sala que permita o respeito à privacidade do revistado). Sobre a colisão de direitos fundamentais e a relação de precedência ordenada diante de uma situação concreta, ver Alexy, 2002:267-330; J.V.C. Andrade, 2001:275-325; C.M.M. Queiroz, 2002:199-220; Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:243-282.

A questão que se coloca na aferição da legitimidade das diligências de prevenção (entre as quais as revistas de segurança) consiste num primeiro momento na ausência de regulamentação legal no Brasil do tema, e, num segundo momento, em saber qual será o limite de admissibilidade de tais diligências e seus mecanismos de controle.

Portanto, as revistas de segurança colocam alguns problemas em relação à sua legalidade. Em primeiro lugar, não há qualquer lei no Brasil regulamentando a realização das revistas de segurança. Parte-se do princípio de que, se a pessoa abordada não quiser se submeter à revista, basta não ingressar no estabelecimento que a realiza (não viajar de avião, deixar de ir ao estádio de futebol ou ao fórum); todavia, a questão é mais complexa, pois se trata ainda de uma restrição indireta ao direito de ir e vir da pessoa que não gostaria de se submeter à revista que considera eventualmente ilegal. Também há uma violação à vinculação da ação policial à legalidade, já que a revista consistirá numa restrição à liberdade pessoal não autorizada expressamente em lei. Ademais, quais são os requisitos para justificar uma revista de segurança? Qual é o nível de perigo necessário para justificar uma restrição generalizada à liberdade pessoal dos cidadãos que desejam (eventualmente precisam) ingressar em determinados locais ou utilizar determinados serviços? Quem tem autoridade para autorizar a realização das revistas pessoais? Seria legítimo, por exemplo, policiais submeterem todas as pessoas que desejam participar de uma manifestação coletiva de rua a revistas pessoais de segurança como medida profilática contra eventuais tumultos durante a manifestação de rua? Ou poderia um banco submeter todos seus clientes a revistas pessoais de segurança (além do mero detector de metais) para poderem ingressar no estabelecimento bancário? A intuitiva resposta negativa a essas questões indica que é necessária uma regulamentação da realização das revistas de segurança.

O CPP, art. 240, § 2º, prevê a realização de revistas pessoais apenas quando houver suspeita de que uma pessoa oculte consigo arma proibida, produto ou instrumentos de crime. Portanto, exige uma suspeita concreta, inserindo-se num paradigma de reação ao crime já praticado. As situações nas quais hoje se admite a realização de revistas de segurança são interpretações elásticas desse dispositivo, à luz dos demais princípios em colisão, mas que pecam por admitir de forma prematura a diligência sem a sua necessária regulamentação, sem a previsão das garantias de controle da diligência associadas ao princípio da legalidade. Tudo, em última análise, numa cláusula genérica de poder de polícia.

À míngua da regulamentação legal, é possível traçar alguns princípios gerais das revistas de segurança, que deverão ser necessariamente observados pela eventual legislação a ser editada para regulamentar o tema. Vejamos.

As revistas de segurança são intromissões à liberdade pessoal e, nessa medida, devem ser realizadas em situações excepcionais em que uma especial razão de segurança justifique sua realização. Mas revistas de segurança são medidas exigidas pelo convívio social, de sorte que, apesar da omissão legislativa, devem ser admitidas quando houver uma justificação finalística de segurança, sempre em respeito ao princípio da proporcionalidade. As revistas de segurança devem se realizar da forma menos vexatória possível à pessoa submetida (a situação de pessoas serem obrigadas e retirar as calças num saguão de aeroporto é absolutamente injustificável: deve ser providenciada uma sala de revistas íntimas para tais situações excepcionais).

Nas revistas de segurança, as pessoas abordadas não devem ser tratadas, *prima facie*, como suspeitas de qualquer infração penal. Exceção feita à situação de revista após efetuar-se uma prisão em flagrante, quando já há certeza que o revistado é autor de outro crime, mas que nem por isso perderá ele o direito a ser tratado com respeito à sua dignidade; todavia, o nível de tensão de abordagem entre a revista de uma pessoa presa em flagrante delito e a de uma revista de segurança de rotina (em aeroportos, estádios ou locais públicos) é obviamente diversa e nesse sentido é que falamos em respeito à dignidade do abordado. Não ingressamos aqui na discussão da presunção de inocência, pois na revista de segurança não há sequer a presença da suspeita para justificar a medida, mas a mera precaução, que não coloca em jogo, em nossa visão, o princípio da presunção da inocência.

A lei deve prever um conjunto de situações já antevistas como admissíveis de ensejarem revistas de segurança, como aeroportos, estádios de futebol, apresentações públicas, repartições públicas. Deve-se prever que as revistas serão realizadas ou na integralidade das pessoas (como no caso de aeroportos) ou mediante amostragem (como no caso de estádios de futebol, conforme o caso), mas sempre se vedando a atuação discriminatória (v.g., revistar apenas os membros de determinada torcida, ou apenas as pessoas de determinada cor de pele). No caso de revistas em situações pontuais a uma única pessoa, deve-se reconduzir a revista de segurança ao paradigma da revista de investigação, ou seja, deve-se exigir uma nível de suspeita objetiva

contra uma pessoa determinada para justificar a realização da revista apenas sobre essa única pessoa.

A lei deve prever a autoridade responsável pela determinação das revistas e o seu respectivo mecanismo de controle. Em regra, a imediatidade da realização da revista impedirá qualquer exigência de prévia autorização judicial. Mas é razoável que seja necessária uma autorização de uma autoridade policial mais graduada, documentando-se (ainda que a posteriori) a ordem dada, seus motivos, e o respectivo relatório da diligência. No caso de revistas pessoais generalizadas sobre determinado local, diante de uma situação de perigo concreto, seria razoável, de *lege ferenda*, a obrigação de posterior comunicação ao Ministério Público, para o controle da legalidade da diligência (como se verá adiante).

4.7.3 Revistas pessoais vs. intervenções corporais

É possível reconhecer nas revistas pessoais uma graduação diferenciada de intromissão ao direito fundamental de liberdade pessoal da pessoa abordada. É possível diferenciar uma mera apalpação externa (não violadora do pudor), uma obrigação de retirar as vestes para revistá-las de forma mais profunda, a revista no interior de roupas íntimas ou sobre o corpo em áreas não usualmente expostas, a revista em cavidades humanas não ofensivas ao pudor (boca, nariz, orelha, materiais debaixo das unhas – *finger scrapings*, eventualmente até o cabelo da pessoa), a revista no interior de cavidades humanas ofensivas ao pudor (ânus, vagina), a extração de amostras biológicas externas (como fios de cabelo ou saliva), a extração de fluídos corporais internos (como sangue ou esperma) ou outras intromissões orgânicas forçadas (como o vômito ou a evacuação forçados). Há um nível crescente de intromissão na liberdade pessoal e em outros direitos fundamentais, como a intimidade pessoal (pudor) e a integridade física (extração de amostras biológicas internas).

Há que se distinguir entre revista corporal e intervenção corporal. Enquanto se trate apenas de uma constatação externa, até a revista a cavidades humanas não ofensivas ao pudor, a diligência se reconduz ao regramento básico das revistas pessoais, podendo, portanto, ser realizada diretamente por agentes policiais, pois usualmente se estará diante de uma situação de

urgência, nos termos do art. 244 do CPP²⁸⁷. O mesmo ocorre com os atos de identificação criminal que importem em mera análise externa, como a colheita de impressão digital, fotografia, ou medições antropométricas, que podem ser realizados diretamente pela Polícia sem prévia autorização judicial (nas hipóteses legais, cf. Lei n. 12.037/2009). Todavia, quando a diligência importa em uma verdadeira intervenção no corpo do abordado, com medidas invasivas de eventual lesão à sua integridade física para obtenção da prova (v.g., extração de sangue, lavagem estomacal ou vômito forçado) ou ainda medidas de intervenção não invasivas, mas que implicam numa violação mais grave sobre as informações corporais (como colheita coativa de cabelo, saliva ou outras amostras biológicas para fins de DNA, ou ainda intervenção em cavidades ofensivas ao pudor), a diligência de intervenção corporal deve ser reconduzida a um quadro normativo específico, com previsão da prévia autorização judicial como regra geral e da admissibilidade de intervenção policial direta apenas em casos excepcionalíssimos de urgência, com a devida regulamentação de seus pressupostos legais, formalidades de realização e procedimento de controle. Essa distinção entre revistas pessoais e intervenções corporais é realizada na maioria dos ordenamentos jurídicos estrangeiros²⁸⁸.

²⁸⁷ Reconduzindo a revista em cavidades humanas não ofensivas ao pudor ao conceito de revista pessoal, ver L.G.G.C Carvalho, 2006:64.

²⁸⁸ Em Portugal, A.F. Silva, 2009:223, distingue entre revista do corpo (apalpação) e investigação do corpo (métodos mais intrusivos, que devem ser realizados por médicos), excluindo a busca nas regiões genitais do conceito de revista pessoal, e concluindo (2009:286) pela necessidade de previsão legal específica para se realizar intervenções corporais. Ver ainda Albuquerque, 2009:471; VVAA, 2009:442. Na Itália, há distinção entre *rilievi corporali* (a revista superficial) e *ispezioni corporali* (as intervenções corporais de mera inspeção, com a finalidade de documentar os vestígios ou outros efeitos materiais do crime, cf. art. 244.1 do CPP italiano), e ainda as *perquisizioni corporali* (quando há suspeita que a pessoa oculte em seu corpo o corpo de delito ou objetos ligados ao delito, cf. art. 247.1 do CPP italiano) sendo essas duas últimas vedadas à Polícia, apenas se realizando mediante prévia autorização pelo Ministério Público cf. CPP italiano, art. 354.3; ver Lupária, 2009:197 e Chiavario, 2009:342. E são reconduzidas à categoria de *ispezioni personali* o exame de partes do corpo não normalmente expostas (partes pudicas e partes internas), a extração de amostras corporais (sangue, cabelo, saliva) e mesmo a perícia psiquiátrica, sendo a princípio necessária prévia autorização do Ministério Público para realizar essas diligências, cf. Itália, Corte Constitucional, n. 30, 27 mar. 1962, *apud* Lupária, 2009:225. Todavia, uma lei de 2009 alterou o art. 354.3 do CPP italiano, para permitir que as diligências de *accertamento personale* que importassem em extração de material biológico do corpo para identificação possam ser realizadas diretamente pela Polícia, fora da regra de prévia autorização do Ministério Público com posterior convalidação judicial (argumentando a possível inconstitucionalidade do dispositivo: Lupária, 2009:226). Na França, a Polícia possui autonomia para realizar a revista pessoal (*prélèvements externes par palpation*), que também abrangem as atividades de identificação criminal, mas, segundo o Conselho Constitucional francês, essa revista externa de polícia não pode ensejar qualquer intervenção corporal interna, nem tratamento doloroso, intrusivo ou atentatório à dignidade da pessoa, nem afetar a liberdade da pessoa (ver Guinchard e Buisson, 2009:517). Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:290, indica que na Alemanha há distinção entre a investigação corporal do investigado (*Untersuchung des Beschuldigten*) e a revista corporal (*Durshuchung des Körpers*), sendo que a primeira exige prévia autorização judicial, concluindo (1990:305) que “a constitucionalidade da adoção coativa de medidas de intervenção corporal depende de sua prévia autorização legal”, e que “a lei que regulasse as intervenções

Afastada a incidência do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, o critério decisivo para a vedação absoluta à admissibilidade, em abstrato, das intervenções corporais é a submissão a riscos mais graves à vida, integridade física ou saúde do abordado (como punções lombares, extração de líquidos encefálicos), a submissão a considerável sofrimento físico (além da dor usual a uma intervenção médica ordinária, como a leve picada de uma agulha), e a violação à liberdade de não declarar (como a vedação absoluta do soro da verdade ou polígrafo)²⁸⁹.

No caso de extração de amostras biológicas (sangue, saliva, cabelo, unhas) para obtenção de perfil genético, para fins de identificação criminal, caso o investigado já tenha apresentado documentação civil de identificação, apenas poderá ocorrer a intervenção corporal se ela “for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa” (Lei n. 12.037/2009, art. 3º, IV, c/c parágrafo único, introduzidos pela Lei n. 12.654/2012)²⁹⁰. Exige-se, portanto, prévia autorização judicial e justificação sobre a absoluta adequação, necessidade e proporcionalidade para essa medida mais extrema de intervenção corporal (a proporcionalidade está indicada na lei pelo rol de crimes especialmente graves a justificá-la). Essa norma possui paralelismo com a regra do art. 149, § 1º, do CPP, que condiciona a realização do incidente de insanidade mental à prévia autorização judicial, mesmo na fase do inquérito policial, ou seja, reconhece-se que um exame mais profundo sobre o corpo (e a psique) do investigado exige prévia autorização judicial. Apesar de a norma inicialmente referida ser específica para a intervenção corporal para fins de identificação genética, ou seja, de produção de prova sobre a identidade, ela deve ser aplicada a quaisquer outras medidas de intrusão no organismo alheio no âmbito da atividade de investigação criminal,

corporais deveria ter o caráter de lei orgânica”. Etxeberria Guiridi, 1999:61, distingue entre revistas superficiais, revistas íntimas (ou inspeções corporais) e intervenções corporais. Distinguindo entre intervenções corporais invasivas e não invasivas, com longa pesquisa de direito comparado, ver Zaganelli, 2009:201. Para uma visão geral das intervenções corporais, ver B.A.A. Castro, 2010; Ávila, 2009:108-112; Roxin, 2000:290-292; Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:283-310; Gil Hernandez, 1995; L.G.G.C Carvalho, 2009; J.T.C. Carvalho, 2009:162-227; A.S. Dias e V.C. Ramos, 2009:19-37.

²⁸⁹ Sobre a não incidência do referido princípio, ver *supra*, subseção 4.7.1. Indicando os dois primeiros requisitos, ver o art. 224-bis.4 do CPP italiano.

²⁹⁰ Parece-nos que a possibilidade de atuação *ex officio* do magistrado ofende ao princípio acusatório, segundo o qual o juiz não deveria investigar de ofício (ver *supra*, subseção 3.2.2), bem como a possibilidade de decisão após representação da autoridade policial deveria estar subordinada ao efetivo requerimento da diligência pelo Ministério Público (ver *supra*, subseção 3.4.11).

pois não há razão lógica para outras intervenções corporais destinadas à produção de outras provas terem tratamento jurídico distinto. Apesar da omissão legal, é relativamente óbvio que tais diligências apenas podem ser realizadas por um médico, por ser o profissional com a devida capacitação para intervenções na área de saúde²⁹¹. Na França, é a realização da extração de sangue ao autor de crimes sexuais, para realização de exame de doenças sexualmente transmissíveis (*prélèvement sanguin à des fins de dépistage*), seja com seu consentimento ou com autorização do magistrado (que pode ser o Ministério Público na investigação preliminar), sendo que o Conselho Constitucional francês entendeu que essa disposição é constitucional, pois constitui expressão de uma ponderação com os interesses da vítima em ser informada do risco de ter contraído uma doença e poder, portanto, submeter-se a um tratamento médico preventivo no prazo mais curto possível²⁹².

O TEDH também possui precedente entendendo que a realização de extração coativa de sangue ou saliva contra a vontade do suspeito não viola por si só o art. 3º da CEDH, já que seria uma colaboração passiva que não ofenderia a vedação de maus tratos²⁹³. Todavia, para tanto o TEDH exige um escrutínio das circunstâncias envolvendo o caso, especialmente a gravidade do crime, a consideração de outros meios alternativos menos gravosos de obtenção da prova, e a inexistência de risco à saúde do suspeito e a inexistência de grave dor, o fato de o exame ser autorizado, conduzido por médicos e de posteriormente o abordado ser submetido a supervisão médica constante²⁹⁴.

No caso de realização de revista interna mediante submissão a exames radiológicos ou a ressonância magnética (sem utilização de contraste), apesar de a diligência afetar o âmbito da privacidade do abordado, tais exames implicam em risco ínfimo à saúde do abordado e não há propriamente uma intervenção no corpo (mas mera inspeção). Assim, parece razoável que, se houver uma fundada suspeita sobre o abordado, a própria autoridade policial possa determinar a realização do exame. Pode ser reconduzida a essa problemática a realização

²⁹¹ Na Alemanha, apenas um médico pode realizar intervenções corporais, como extração coativa de sangue (StPO, § 81a.1); ver Roxin, 2000:292. Também na França, cf. art. 63-7.2 do CPP francês.

²⁹² França, Conselho Constitucional, 13 mar. 2003, *apud* Guinchard e Buisson, 2009:517.

²⁹³ TEDH, *X. vs. Holanda*, acórdão n. 8239/78, 4 dez. 1978; *Schmidt vs. Alemanha*, acórdão n. 32352/02, 5 jan. 2006. Ainda sobre o privilégio contra auto-incriminação, nos casos TEDH, *Saunders vs. UK*, 17 dez. 1996, e *Tirado Ortiz e Lozano Martín vs. Espanha*, n. 43486/98, a Corte admitiu que a extração coativa de sangue, saliva urina ou cabelo, desde que precedida de autorização judicial, não ofenderia o privilégio contra auto-incriminação.

coativa de exames de raios-X, no caso de fundada suspeita de o abordado estar carregando drogas em pacotes introduzidos em seu organismo (chamadas de “mulas”). Há ferramentas de inspeção que permitem a detecção de explosivos ou drogas no interior de pessoas com uso de raios eletromagnéticos que podem ser executados diretamente pela Polícia sem qualquer risco à integridade física²⁹⁵. No caso de utilização de injeção de contraste para a realização da diligência, cremos que o problema retorne à lógica das intervenções corporais intrusivas (pois há um risco já não desprezível na intervenção médica e uma efetiva intervenção do corpo).

Caso seja constatada a presença de drogas no interior do corpo do abordado, se ele concordar com a extração cirúrgica do material (com prévia documentação escrita), não haverá problemas de restrição de direitos fundamentais. Se não há consentimento e é possível aguardar-se sua saída natural, cremos que se deve dar preferência ao aguardo da expulsão natural, por ser um meio menos invasivo. Todavia, se os médicos diagnosticarem um risco elevado de rompimento da bolsa contendo as drogas, considerando a supremacia do dever estatal de proteção à saúde das pessoas submetidas à sua custódia, cremos que é lícita a realização da intervenção cirúrgica para extração coativa do pacote de droga, como intervenção de urgência para salvamento da pessoa, ainda que contra sua vontade. Nessa situação, a finalidade primária da intervenção cirúrgica não é probatória, mas salvífica, e como tal exclui-se a ilicitude da lesão corporal decorrente da intervenção. Ainda assim, há um efeito secundário da intervenção, que é a apreensão da droga, sendo posteriormente lícita a sua utilização como prova em juízo, já que se a intervenção inicial não foi ilícita (era juridicamente justificável), não há que se falar em prova ilícita. Há uma verdadeira descoberta inevitável da prova (apenas não se aguardou sua expulsão natural ante o risco iminente à vida do detido).

²⁹⁴ TEDH, *Ilykov vs. Bulgária*, acórdão n. 33977/96, 20 out. 1997; *Nevmerzhitsky vs. Ucrânia*, acórdão n. 54825/00, §§ 94 e 97.

²⁹⁵ Sobre o risco ínfimo à integridade física nesses casos, com conclusão idêntica, ver J.T.C. Carvalho, 2009:185-189. Argumentando que exames de raios-X e mesmo a extração de amostras corporais que se soltem naturalmente do corpo, como o cabelo ou saliva, não exigem decisão judicial (na Espanha), ver Gimeno Sendra, 2008:240-1. Na França, a Polícia criminal pode determinar diretamente a realização investigações corporais internas numa situação de flagrante delito (CPP, art. 63-7.2); todavia, para o caso de a diligência ser realizada por agentes da fazenda em zonas fronteiriças, é necessária prévia autorização judicial (art. 60-bis do *Code des Douanes*). Na Alemanha, é possível que em casos de urgência o Ministério Público ou os oficiais de polícia por ele indicados realizem a intervenção corporal, cf. § 81.a.2, todavia o Bundesverfassungsgericht tem tido uma interpretação restritiva do conceito de “perigo na demora” para legitimar intervenções por iniciativa própria da Polícia (Ambos, 2009:24). Argumentando que seria razoável se permitir que a lei autorize a própria Polícia a realizar intervenções corporais leves em casos de urgência, ver Oliva Santos *et al.*, 2007:387.

Há dois precedentes do TEDH sobre o tema. Inicialmente, no caso *Jalloh* (2006), entendeu-se que o ato de ministrar sonda nasal para induzir vômito, com a finalidade de apreender pequena quantidade de droga engolida, era uma diligência altamente degradante, por importar em agonia durante a introdução da substância emética contra a vontade do abordado, importar em humilhação no fato de ficar sob vigilância até a substância fazer efeito e depois ainda ter que vomitar na presença dos policiais. Em síntese, a aplicação forçada de emético causou-lhe medo, angústia e inferioridade capazes de humilhá-lo e inferiorizá-lo, de sorte que há uma violação à proibição de tratamento desumano e degradante, o que causaria a ilicitude de prova assim obtida, não por violação ao privilégio contra auto-incriminação, mas por violar a proibição de tratamentos cruéis²⁹⁶.

Todavia, em precedente posterior (caso *Bogumil vs. Portugal* 2008), o TEDH admitiu a intervenção cirúrgica para extração de pacote de drogas no aparelho digestivo do investigado detido, que se recusava a sair por meios normais e colocava em risco sua integridade física²⁹⁷. Nesse caso, em Portugal, o art. 53 do DL n. 15/1993 prevê que no caso de suspeita de tráfico de drogas no interior do corpo do abordado é possível realização de perícia em unidade

²⁹⁶ TEDH, *Jalloh vs. Alemanha*, 11.7.2006. Nesse caso, policiais viram uma pessoa em via pública retirando pequenas bolas de plástico de sua boca, dando-a a outras pessoas e recebendo dinheiro por isso. Ao abordarem a pessoa por suspeita de tráfico de drogas, ela engoliu a bolinha que tinha em sua boca. Ela foi levada a um hospital sob custódia policial e, após uma autorização do promotor de justiça para realização de indução forçada de vômito (o Ministério Público na Alemanha possui esse poder), os médicos colocaram a força no suspeito uma sonda nasal e ministraram uma substância indutiva de vômito (emético), tendo a pessoa vomitado uma bola de plástico, no interior da qual se constatou 0,21 gramas de cocaína, sendo a pessoa presa em flagrante e posteriormente condenada. Nesse caso, o TEDH entendeu que o crime não era grave o suficiente para justificar uma medida tão intrusiva da liberdade corporal do suspeito (um crime de tráfico de drogas de rua, em pequena quantidade, com pena concreta de apenas seis meses de prisão com *sursis*). Também considerou que o Estado deve optar, para a investigação de tais crimes pequenos, por uma via menos intrusiva que o vômito forçado, devendo manter a pessoa sob custódia e aguardar que a droga possa sair pela via natural (evacuação); ainda que tal procedimento seja humilhante, seria menos humilhante que o vômito forçado. Também considerou que apesar de haver controvérsia médica sobre a efetiva existência de riscos à saúde em razão da utilização forçada de eméticos, era de se concluir que, na dúvida, tal procedimento não deveria ser utilizado.

²⁹⁷ TEDH, Ac. 35228/03, Caso *Bogumil vs. Portugal*, j. 7 out. 2008. Todavia, também há precedente reconhecendo que a administração forçada de medicação indutiva de vômito viola a proibição de tratamento degradante: TEDH, Caso *Jalloh vs. Alemanha*, j. 11 jul 2006. Parece-nos que a questão deve ser solucionada à luz do diagnóstico médico de elevado risco de morte (que justifica a intervenção cirúrgica) ou risco inexistência de risco (que deve conduzir a que se aguarde a expulsão natural do pacote contendo drogas). Para uma análise do tema, ver J.T.C. Carvalho, 2009:189-197.

hospitalar para sua extração, mediante prévio consentimento do abordado ou, em caso de recusa, mediante autorização judicial²⁹⁸.

Cremos que se a intervenção é urgente, deve-se avisar o detido do risco à sua vida, e formular-se uma representação ao juiz para expedição da autorização para realização da cirurgia coativa. E após a diligência deve haver encaminhamento do seu relatório ao juiz e ao Ministério Público, para controle. Cremos que a realização da cirurgia deveria estar sempre relacionada à constatação de um risco à vida do investigado, de sorte que se não há tal risco deve-se aguardar a expulsão natural. Uma situação extrema seria o risco à vida do investigado não aguardar o recebimento da autorização judicial (v.g., questão de poucas horas); nessa situação, cremos que a supremacia do direito à vida prepondera em relação ao direito à integridade física, mesmo contra a manifestação de vontade do detido, pois ele está sob responsabilidade do Estado.

Uma situação intermediária entre as intervenções corporais internas e as revistas externas mediante mera apalpação seria a realização de revistas em cavidades humanas de possível ofensa ao pudor (v.g., vagina e ânus), ou ainda a revista pessoal com retirada de roupas que exponha o pudor alheio. Aqui estão em jogo o respeito ao pudor e à imagem do abordado, a necessidade de detenção por um período mais dilatado de tempo até o transporte até uma unidade médica, além do sério risco de sua brutalização em caso de uso da força para a realização da diligência, portanto, de ofensa a um valor muito próximo à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, de uma situação limite. Entendemos que esse tipo de revista deve ser evitada ao máximo, por caracterizar uma séria violação de direitos fundamentais. Todavia, não nos parece adequado que devam ser sumariamente proscritas, pois há situações excepcionais em que elas serão a única forma de esclarecimento de uma séria suspeita de crime grave. Imagine-se a situação em que a Polícia recebe informações fidedignas (respaldadas e não anônimas) de que determinada mulher está transportando drogas na cavidade vaginal: a única forma de esclarecer o fato seria realizando-se a uma inspeção na cavidade vaginal. Obviamente, quanto mais intrusiva a diligência mais severos deverão ser os requisitos indiciários a justificá-la, bem como mais grave deverá ser o crime em investigação.

²⁹⁸ VVAA, 2009:453. Inclusive se prevê que a recusa de consentimento, após expedição de autorização judicial, configura crime de desobediência.

Creemos que se a revista é externa (apenas se retirar as roupas e exame externo), a Polícia deve ter o poder de realizar a revista pessoal, desde que diante de fortes indícios, sendo imprescindível a diligência, e com respeito ao seu pudor (em área reservada). Nesse sentido, consta do CPP português, art. 175.2, que a realização da revista pessoal deve respeitar “a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor” do abordado. Isso significa que o pudor não é um valor absoluto, mas pode ser relativizado em situações muito excepcionais. Em sentido semelhante, na França, o art. 63-7 do CPP permite a realização de uma revista integral na pessoa do detido (*fouille intégral*), que vai além da mera apalpação externa, mas que apenas pode ser realizada se for indispensável às necessidades da investigação (princípio da necessidade), e se uma revista por apalpação ou por meios eletrônicos não puder ser realizada, bem como deve ser realizada em um espaço fechado por pessoa do mesmo sexo do abordado. Na Inglaterra, em situações excepcionais, é possível que a ordem de revista abrange a retirada de roupas do abordado, ou mesmo de objetos que encubram seu rosto, mas nesse caso a revista será realizada por pessoa do mesmo sexo e em lugar reservado²⁹⁹.

Já no caso de fundada suspeita de transporte de objetos ilícitos dentro da vagina ou ânus, cremos que a solução mais adequada será a realização de exame radiológico pela Polícia para se confirmar a suspeita e, confirmando-se minimamente a suspeita, realizar-se a prisão em flagrante com a respectiva representação policial para o Ministério Público requerer ao juiz expedição de autorização para se realizar uma revista na área interna ofensiva ao pudor (por aplicação analógica da Lei n. 12.037/2009, art. 3º, IV, c/c parágrafo único), através de perícia médica, mantendo-se o detido em vigilância enquanto não recebida a autorização judicial. Nessa situação, a prisão em flagrante delito seria justificada pela presença de indícios fortes da prática delituosa (ainda que não confirmem a certeza absoluta) e pela necessidade de detenção do corpo da pessoa para a posterior realização da revista por médico nas áreas restritivas ao pudor, compatibilizando-se a proteção à intimidade com a eficiência da persecução contra a perda da informação investigativa. Caso o suspeito se sinta injustiçado com sua detenção policial, basta-lhe dar sua autorização para a realização da perícia médica interna para desfazer eventual mal-entendido que criava uma falsa aparência de delito³⁰⁰.

²⁹⁹ Cuadrado Salinas, 2010:239.

³⁰⁰ Com posição semelhante mas um pouco mais restritiva, entendendo que mesmo as revistas pessoais externas das áreas pudicas estão interditas à Polícia, necessitando de prévia autorização judicial ou autorização legal

No caso de realização de controle de alcoolemia em blitz de trânsito (etilômetro), cremos que a atividade de condução de veículos automotores está subordinada à prévia autorização estatal e à sua constante atividade fiscalizatória. Como uma das condições para condução de veículos é estar no perfeito gozo dos sentidos, todo motorista está naturalmente sujeito a comprovar sua aptidão para condução no momento da abordagem, em razão do poder de polícia administrativo da fiscalização de trânsito. Assim, apesar de se tratar de uma colaboração ativa para produção de prova contra si, trata-se de uma exigência da vida em sociedade, derivada dos elevados índices de mortalidade no trânsito em razão da embriaguez. Essa inspeção de fiscalização administrativa equipara-se a uma revista de segurança é plenamente aceitável, desde que presentes indícios mínimos de suspeita de que o condutor está embriagado³⁰¹.

Em relação à extração coativa de sangue, essa diligência apenas pode ser considerada legítima se houver lei regulamentando sua aplicação, e estabelecendo os limites objetivos da diligência (v.g., pressupostos, tempo de retenção, objetivo da retenção, procedimento da extração, mecanismos de controle)³⁰². Antigamente no Brasil o crime de embriaguez ao volante (CTB, art. 306, com a redação dada pela Lei n. 11.705/2008) exigia a comprovação de um volume de concentração de álcool no sangue, o que acabava inviabilizando o mero exame clínico e exigindo o exame sanguíneo laboratorial, o qual não estava regulamentado no Brasil (até o advento da Lei n. 12.654/2012), o que por sua vez acaba por virtualmente inviabilizar a persecução penal no caso de recusa de colaboração voluntária no teste do etilômetro. Todavia, a Lei n. 12.760/2012 voltou a admitir outras provas da alteração da capacidade psicomotora, conforme regulamentado pelo CONTRAN, especialmente a prova testemunhal de sinais específicos de embriaguez, voltando a tornar o exame clínico de embriaguez útil. Nessa situação, se o abordado se recusa a realizar o teste, assume o ônus de que outras provas testemunhais (sobretudo dos policiais) poderão comprovar seu estado de embriaguez, tornando-se o teste uma espécie de “direito do abordado à contraprova”.

expressa para situações específicas (como a revista de detentos, no caso espanhol), ver J.T.C Carvalho, 2009:197. Há precedente do STJ no qual uma mulher foi submetida a revista na cavidade vaginal, ao tentar ingressar em presídio, sendo momentaneamente detida e transportada para posto de saúde e em seguida hospital, tudo sem ordem judicial, em que se considerou que a diligência foi abusiva e ensejava indenização por danos morais; ver: STJ, 2ª T., REsp 856.360/AC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 19 ago. 8 2008, DJe 23 set. 2008.

³⁰¹ Analisando o tema no direito brasileiro, ver Ávila, 2009:108-112. Admitindo a realização de exames de alcoolemia de forma aleatória em motoristas, ver Álvarez Rodríguez e Ríos Diego, 2009:65..

³⁰² Sobre a exigência de lei para extração coativa de sangue, ver Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:83-84.

Considerando que a própria lei prevê uma forma probatória alternativa à extração coativa de sangue para fins de determinação do crime de embriaguez ao volante e não admitiu nessa enunciação alternativa a realização de extração coativa de sangue, cremos que essa diligência não poderá ser realizada para essa hipótese específica. A omissão legislativa é eloquente, e indica, provavelmente, uma opção legislativa diante da não gravidade abstrata do crime de embriaguez ao volante. Mas a extração coativa de sangue poderá ser realizada em outros domínios investigativos, mediante prévia autorização judicial, nos termos da atual previsão da Lei n. 12.037/2009. Ademais, o exame clínico de embriaguez ainda pode ter utilidade para outros delitos de trânsito, como o de homicídio ou lesão corporal culposos ou de direção sem habilitação com perigo de dano (CTB, art. 302, 303 e 309, respectivamente). O exame clínico de embriaguez equipara-se a uma inspeção corporal externa, portanto sua determinação pode ser realizada diretamente pela autoridade policial.

No Brasil, não há previsão de crime autônomo de desobediência para a negativa de realizar o exame de etilômetro. Diversos outros países prevêem essa punição e consideram que ela não viola o privilégio contra auto-incriminação, pois se trata de uma restrição justificada pelo princípio da proporcionalidade³⁰³. Não vemos problemas de, num futuro, o Brasil regulamentar a desobediência à ordem de realização do teste de etilômetro em situação de fundada suspeita de crime de embriaguez ao volante, ou regulamentar a extração coativa de sangue nessa hipótese. É que há um interesse público em se estabelecer a prova do crime de embriaguez ao volante da forma o mais certa possível, que transcende o mero interesse do abordado de produzir prova contra o testemunho dos policiais de trânsito. E também porque a situação de o abordado estar sob influência de outras drogas que não o álcool não será detectada pelo etilômetro, apenas por exame de sangue.

O ideal seria que a legislação brasileira melhor regulamentasse todas essas situações, trazendo segurança jurídica ao policial e ao cidadão sobre os limites da atuação estatal.

4.7.4 Pré-requisito das revistas de investigação criminal: as fundadas razões

No Brasil, uma revista pessoal pode ser realizada nas seguintes hipóteses: (i) presença de “fundadas razões a autorizarem”, de que a pessoa esteja na posse de armas, drogas,

objetos de posse ilícita (drogas, explosivos, produtos falsificados), ou ainda que esteja na posse de possíveis provas da infração penal; (ii) quando realizada na sequência de uma prisão; ou (iii) na sequência de uma busca domiciliar (CPP, art. 240, § 2º, c/c art. 244). Nas duas últimas hipóteses, a realização da revista é um apêndice de outra diligência (prisão em flagrante e busca domiciliar), em que a lei presume sua necessidade. Já a primeira hipótese (e a mais controvertida na prática) exige a presença de indícios concretos de suspeita, documentáveis e posteriormente escrutináveis, de que a pessoa pratica um crime (posse de bens ilícitos) ou que a pessoa está na posse de possíveis provas da infração penal. Nessas situações, exige-se uma prova indiciária a justificar a intervenção policial, pois, sem a presença desses indícios concretos a diligência de revista pessoal seria abusiva e arbitrária³⁰⁴.

O problema é que o reconhecimento da presença dessas fundadas razões é muitas vezes revestida de grande discricionariedade em sua realização prática, trazendo certa incerteza sobre a legitimidade da atuação policial³⁰⁵. A jurisprudência brasileira é usualmente complacente na análise desses requisitos, sendo que eventualmente há alguma decisão mais rigorosa quanto aos pressupostos³⁰⁶.

³⁰³ Em Portugal, ver A.S. Dias e V.C. Ramos, 2009:25-26; na Espanha, ver J.T.C. Carvalho, 2009:197-201.

³⁰⁴ Em sentido semelhante, entendendo que a realização de revistas pessoais sem indícios concretos da prática de crimes configura um atentado à liberdade e privacidade, quando as pessoas abordadas não se encontram em local habitualmente frequentado por delinquentes: Portugal, TC n. 479/1994, *apud* Albuquerque, 2009:655. No Brasil, ver R. Greco, 2012:33; Rangel, 2009:146.

³⁰⁵ Documentando no Brasil a utilização de critérios discricionários para justificar a realização de uma revista pessoal (como estar parado em via pública, durante a noite, em local que não é ponto de ônibus): Paixão *et al.*, 1992:81. Reconhecendo o caráter subjetivo e discricionário de tais revistas, potencialmente arbitrário: França, *Le Défenseur des droits*, 2012:35.

³⁰⁶ Conferir decisão do STF sobre o tema: “A ‘fundada suspeita’, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um ‘blusão’ suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo”; STF, 1ª T., HC 81305, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13 nov. 2001, DJ 22 fev. 2002, p. 35, RTJ 182-1:284. No caso concreto, os policiais avistaram durante a noite um veículo com faróis acessos parado em frente a uma casa, com duas pessoas em seu interior, pelo que decidiram realizar a abordagem; foi constatado que o motorista era um advogado que retornava de um curso, e que estava em frente à sua residência, inclusive saindo familiares seus; os policiais ordenaram a realização de revista pessoal pelo fato de ele trajar um casaco (que talvez portasse armas de fogo) e ele se recusou ao argumento de não haver justa causa; os policiais chamaram seu superior, que ordenou a condução do abordado à DP por crime de desobediência. Nessa situação, verifica-se claramente que a abordagem inicial dos policiais foi justa, pois um veículo parado com faróis ligados em área residencial pode configurar uma situação de possível preparação de roubo ou sequestro. Todavia, após se esclarecer que o abordado era um morador em frente à sua residência, não havia mais justa causa para se realizar a revista pessoal, pois não haveria qualquer fundada suspeita de que um morador estaria portando arma de fogo ao chegar em casa. Aliás, provavelmente quando se

Visando limitar o âmbito de discricionariedade não regrada sobre os pressupostos de fato justificadores de uma revista pessoal, é recomendável que a lei preveja a necessidade de uma regulamentação administrativa das situações usuais que justificam a realização de uma revista pessoal. Nesse sentido, no direito comparado, algumas situações são apontadas como tradicionalmente justificadoras de uma revista pessoal. Decocq e outros indicam as seguintes situações reconhecidas pela jurisprudência francesa como indicativas de uma suspeita razoável e, portanto, justificadoras de uma intervenção policial³⁰⁷:

[o] fato de mudar de direção na rua ao avistar os policiais, ou de andar mais devagar (*trottoir*), andar errante em via pública assemelhando-se a um ‘vagabundo’, fugir à vista dos policiais, dar um tempo de parada e indicar uma situação de desconforto manifesto ao passar por um veículo policial, indicar suas intenções criminosas à vista dos policiais em razão de porte um saco de lixo contendo visivelmente uma grande quantidade de mercadorias, ou ainda, uma pessoa dar a seu companheiro objetos que ele estava dissimulando dentro de sua blusa, ou, enfim, um homem esconder-se no banheiro feminino ao aperceber-se da presença de policiais.

Na Itália, a Lei n. 152/1975, art. 4º, prevê a possibilidade de a Polícia realizar revista pessoal em relação a “pessoas cujo comportamento, ou cuja presença em relação a circunstâncias concretas e específicas de lugar e de tempo não parecem ser justificáveis”.

Ainda pode ser configurada a fundada suspeita pelo fato de portar casaco de frio numa estação de calor, apresentar sinais externos de nervosismo, suor excessivo, tosse nervosa³⁰⁸. Ou ainda por andar errante em via pública em estado de embriaguez evidente³⁰⁹. A

iniciou a abordagem, os policiais sequer sabiam que o motorista dentro do veículo tinha um casaco. Verifica-se que a ação policial foi realizada apenas como demonstração de poder contra o abordado. Nesse sentido concluiu o STF (p. 4 do voto do relator): “Foi justamente o que ocorreu na espécie [abuso de poder], mostrando-se desarrazoado que um cidadão, ao estacionar o carro em frente à sua residência, depois de identificar-se como advogado, seja obrigado por vários policiais, sob a mira de fuzis, a descer do veículo para ser revistado, a propósito de vestir um ‘blusão’. E Como se não bastasse, por haver indagado as razões da revista, ter sido conduzido, escoltado, à delegacia e autuado por desobediência”. Ressalte-se que a ementa da decisão não pode ser simplesmente generalizada, pois eventualmente uma pessoa trajando um blusão, que destoe do normal (v.g., andando em via pública durante o verão, sem justificar suas atividades no local), poderá configurar uma situação de fundada suspeita a justificar a revista pessoal. O que se deve recolher da decisão, parece-nos, é tão somente a exigência de fundamentação policial sobre a presença dos requisitos na situação concreta. A crítica que eventualmente poderia ser feita à decisão é tão somente a de que o rigor na análise dos pressupostos da revista usualmente é feito quando o abordado pertence à classe alta, admitindo-se como sempre suspeita uma pessoa pertencente às classes mais desfavorecidas.

³⁰⁷ Decocq *et al.*, 1998:542.

³⁰⁸ J.T.C. Carvalho, 2009:175, indicando que apenas as suspeitas ilógicas, irracionais ou arbitrárias deveriam ser rechaçadas.

³⁰⁹ STJ, 5ª T., REsp 1156091/MA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16 mar. 2010, DJe 19 abr. 2010.

fundada suspeita também pode se fundamentar numa informação prévia da vítima do crime, descrevendo seu autor, suas roupas, ou indicando a área para onde ele dirigiu-se. Se houver suspeita de prática de um atentado terrorista em determinado lugar e uma pessoa estiver parada nesse lugar, em tese ela poderá ser objeto de uma revista para esclarecer sua participação no crime iminente que se pretende evitar³¹⁰.

Nunca pode justificar a “fundada suspeita” estereótipos raciais, de origem nacional, ou apenas a idade jovem do abordado, ou o tipo de vestimenta típico de determinada classe social. Assim, a caracterização da suspeita não pode levar em conta estereótipos sociais discriminatórios, como o simples fato de serem vários jovens juntos, ou negros, nordestinos, moradores de favelas ou bairros socialmente degradados, pessoas vestidas como punks, pertencentes a grupos de hip-hop, ou imigrantes de países pobres sulamericanos. Também não se admite a generalização de estereótipos de discriminação, no sentido de que pessoas de determinados grupos são mais propensas à prática de crimes (exceto quando se trata de um grupo criminoso como, v.g., uma “gangue”)³¹¹. Uma especial diretriz dessa vedação de discriminações consta do art. 53 da Lei n. 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), que prevê: “O Estado adotará medidas especiais para coibir a violência policial incidente sobre a população negra”.

A documentação desses indícios que justificaram a intervenção policial no posterior relatório é essencial para a comprovação de sua legalidade. Uma diligência realizada sem respaldo em indícios concretos seria arbitrária, incompatível com o postulado do Estado de Direito³¹².

Os pressupostos da medida devem ser presentes no momento em que se decide pela sua realização. No caso de uma revista realizada sem autorização judicial, ante a urgência da medida, deve-se perquirir qual foi a “fundada suspeita”, já presente antes da realização da

³¹⁰ Indicando essa regra no sistema inglês, v. Cuadrado Salinas, 2010:238.

³¹¹ Expressamente nesse sentido, ver Inglaterra, PACE de 1984, Code A, item 2.2. Inclusive proibindo expressamente a utilização como critério o fato de o policial saber que o abordado é uma pessoa já portadora de antecedentes criminais, sob pena de tornar o egresso do sistema penitenciário um eterno alvo policial, sem prejuízo de a informação sobre a continuidade da atividade criminosa justificar a abordagem. Na sequência, o referido ato normativo inglês indica diversos critérios objetivos para a atuação policial.

³¹² Ferrajoli, 2002:638, comentando a legislação italiana sobre as revistas pessoais, afirma: “isso quer dizer, na prática, um poder policialesco de perquirição indiscriminado: se não por outra razão, porque qualquer perquirição, por mais arbitrária que seja, pode ser sempre encampada pelo pretexto, de nenhum modo verificável, de que foi feita em busca de armas”.

diligência, que a justificou. Se não havia tal fundada suspeita antes da diligência, ela é nula, consistindo suas descobertas prova ilícita. Não convalida a diligência o fato de a Polícia encontrar algum objeto na posse do abordado, se ela não conseguir justificar objetivamente quais eram os fundados indícios que justificaram sua ação original.

Se houver realização de revista pessoal sem a presença de quaisquer indícios concretos que a justifique, por exemplo, apenas como uma demonstração de poder e com finalidade de humilhar o abordado, o fato configurará crime de abuso de autoridade, na modalidade de atentado à liberdade de locomoção e de submeter pessoa sob sua custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei (Lei n. 4.898/1965, art. 3º, “a” e art. 4º, “b”)³¹³. Também ensejará a responsabilidade civil do Estado³¹⁴. Deve-se relembrar que durante a realização da revista pessoal o abordado tem sua liberdade de locomoção momentaneamente retida, ficando assim, naquele momento, sob a custódia do policial.

Em tese, o consentimento do abordado pode convalidar uma eventual ausência de outros requisitos válidos. Todavia, consentimento não pode ser confundido com mera obediência à ordem policial, pois é perfeitamente possível que o abordado receba uma ordem (não um convite) e desconheça que possui a opção lícita de negar o consentimento. Por outro lado, é de se duvidar da efetiva existência de consentimento integralmente válido na revista pessoal, pois o primeiro ato da revista é ordenar ao abordado que ele não poderá ausentar-se do local, mediante uma restrição de liberdade de curta duração. Portanto, se o abordado está momentaneamente retido, sua liberdade de consentimento pode ser influenciada por essa circunstância. É conveniente, para tanto, que haja adequada informação quanto à natureza da solicitação de consentimento, bem como seja posteriormente documentado o consentimento por escrito³¹⁵. Na Inglaterra, aboliu-se a realização de revistas pessoais fundadas apenas no

³¹³ Nesse sentido: R. Greco, 2012:35.

³¹⁴ Nesse sentido, em caso em que uma mulher visitava presídio e foi submetida a revista nas cavidades íntimas, diante de notícias não documentadas de que estaria portando drogas, sendo revistada no local, conduzida a um posto de saúde, e depois conduzida a um hospital, não se constatando posse de qualquer substância ilícita: STJ, 2ª T., REsp 856.360/AC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 19 ago. 8 2008, DJe 23 set. 2008.

³¹⁵ Guinchard e Buisson, 2009:598, argumentam que o consentimento não pode ser prestado aproveitando-se da natural força de coerção psicológica que todo agente da força pública exerce sobre os particulares, de forma que essa coerção psicológica natural venha a anular a validade do consentimento prestado. Ver comentários adiante sobre o consentimento nas buscas domiciliares. Em sentido semelhante: Álvarez Rodríguez e Ríos Diego, 2009:72.

consentimento, sendo sempre essencial que existe fundada suspeita para justificar a realização da revista³¹⁶.

4.7.5 *Procedimento*

Apesar de a lei prever que a revista pessoal será precedida de mandado, expedido pela autoridade judiciária ou a autoridade policial (CPP, art. 241), há situações de urgência que acabam por tornar inviável o recurso a tal autorização, permitindo a realização da diligência diretamente pelo policial (CPP, art. 244). A bem da verdade, a maioria das situações práticas enfrentadas pelos policiais são situações de urgência de intervenção, que acabam tornando virtualmente letra morta a exigência de mandado para as revistas pessoais. É o que ocorre com a suspeita de que a pessoa esteja portando armas (ou objetos que coloquem em risco a integridade física de outras pessoas), drogas, ou esteja na posse do instrumento do crime ou de provas relevantes à investigação: se a abordagem não for realizada no momento em que se verifica a suspeita, provavelmente não será possível posteriormente. Todavia, outros países estabelecem que nessas hipóteses deve ocorrer posterior comunicação ao Ministério Público ou ao juiz de instrução (conforme o caso), para controle da diligência³¹⁷.

O poder de reter momentaneamente o abordado não concede ao policial o direito de conduzi-lo coercitivamente para outros locais afastados do local da abordagem inicial. Por razões de segurança, admite-se um transporte a um local mais reservado, mais ainda próximo ao local da abordagem inicial³¹⁸. O policial deve realizar a revista no prazo mais breve possível, de forma a evitar a estigmatização do abordado.

Ao início da diligência, o policial deve identificar-se como tal perante o abordado, e fornecer as razões para realização da revista. Se não estiver uniformizado, deverá apresentar a respectiva carteira funcional. Para as buscas domiciliárias exige-se a leitura do mandado e intimação para colaborar com a diligência (CPP, art. 245, *caput*). Entendemos que nas

³¹⁶ Inglaterra, PACE de 1984, Code A, item 1.5, com exceção feita às revistas de segurança, que não necessitam de fundada suspeita para sua realização.

³¹⁷ Em Portugal, a regra seria a realização de revista mediante autorização de magistrado (incluído o Ministério Público), e a exceção a realização diretamente pelo órgão de polícia criminal para crimes de maior gravidade e em situação de urgência (cf. CPP português, art. 174.5). Todavia, há a regra de que o relatório da revista para fins investigativos deve ser “imediatamente” comunicada ao juiz de instrução para posterior avaliação. Ver P.P. Albuquerque, 2009:473.

hipóteses em que é dispensável o mandado, o policial possuirá idêntico dever de esclarecer ao abordado o motivo da diligência e de solicitar sua colaboração, por analogia. É natural que a pessoa abordada se sinta desconfortável com a intervenção policial, todavia, entendemos que é obrigado do policial fazer o máximo ao seu alcance para minimizar o constrangimento da diligência, realizando-a de forma cortês, com consideração e respeito pelo abordado. O grande desafio do policial é exercer sua autoridade de forma eficiente, sem ser representado pelo abordado como autoritário, arrogante, agressivo ou agindo mediante intimidação³¹⁹.

O ideal seria o policial questionar o abordado sobre os motivos que justificaram a fundada suspeita no policial. A depender da resposta, poderá o policial convencer-se de que a suspeita inicial era infundada, tornando desnecessária a revista. A mera recusa em responder ao policial não pode ser considerada, isoladamente, como justificando a revista, sem outros elementos de fundada suspeita.

Havendo recusa de colaboração, é possível o uso da força para a realização da revista. Todavia, o policial deve dar a oportunidade ao abordado para que ele cumpra espontaneamente o que se espera, sem necessidade de utilização da força, quando tal for possível sem colocar em risco os policiais e eventuais terceiros. Trata-se de uma concretização do princípio da proporcionalidade, em sua vertente da necessidade. Não se trata de obter o consentimento do abordado (pois ainda que ele não consinta haverá a revista coercitiva), mas de convencê-lo para que, mesmo não concordando com a diligência, venha cooperar com ela para evitar o uso da força. Por exemplo, se há suspeita de a pessoa portar uma nota falsificada, bastaria solicitar que ela mesma abrisse sua carteira e exibisse as notas ali constantes. Por outro lado, se há algum risco de que a pessoa esteja portando uma arma de fogo, então essa faculdade não deve ser concedida pelo próprio risco envolvido³²⁰. Ainda que haja uma resistência inicial à diligência, o ideal seria o policial convencer o abordado para obter sua cooperação antes de optar pelo uso da força.

³¹⁸ Essa regra está prevista na Inglaterra. Ver o PACE de 1894, Code A, item 1.2.

³¹⁹ Sobre as diversas percepções negativas da revista pessoal na Inglaterra, ver Stone e Pettigrew, 2000. Essa regra de preferência pela colaboração voluntária na revista pessoal está expressa no art. 156.2 do CPP federal argentino: “antes de proceder à revista se deverá advertir à pessoa sobre a suspeita e o objeto buscado, convidando-a a exibi-lo”.

³²⁰ A.F. Sousa, 2009:225. Em sentido semelhante, mas analisando o problema da ordem para entrega de documentos ou ordem para extração de fluídos corporais, ver A.S. Dias e V.C. Ramos, 2009:35.

No caso de intervenções corporais que exijam prévia decisão judicial, caso o investigado esteja em liberdade, deverá haver uma prévia intimação para comparecer em dia determinado para se realizar a diligência, antes da ocorrência de condução coercitiva, como concretização do princípio da necessidade³²¹. Também se deve aplicar por analogia o art. 245, *caput*, do CPP, para que antes da realização do exame médico o abordado receba cópia da decisão judicial que ordenou a diligência³²².

Estabelece o art. 247 do CPP que os motivos da diligência deverão ser comunicados, se o requerer o visado pela diligência. Entendemos que é dever do policial indagar ao abordado se ele deseja receber essa informação, de forma a assegurar a plenitude do princípio da transparência, que norteia a atividade policial. O Departamento de Justiça dos EUA reconhece que as revistas pessoais e outras abordagens são um ponto de tensão sério no relacionamento entre a Polícia e o cidadão e recomenda que os policiais procurem deixar claro ao cidadão que tais diligências são realizadas de forma imparcial, profissional e com cortesia, portanto com um viés educativo³²³. Ainda que a prestação da informação não seja possível antes da diligência, diante de sua urgência ou por razões de eficiência da própria diligência, ao término da diligência o policial deve informar ao cidadão os motivos que a justificaram, dando transparência à atuação policial. E se não for possível fornecer um documento escrito sobre as razões da diligência no momento dos fatos, deve-se conceder ao cidadão abordado o direito de posteriormente peticionar para receber por escrito tais informações, por ser um direito derivado do direito constitucional de petição (CF/1988, art. 5º, XXIV, “a”)³²⁴.

³²¹ Nesse exato sentido é o art. 349.2-bis do CPP italiano. Também se exige a intimação do defensor do investigado (se houver) para acompanhar o ato, com antecedência de três dias, ou na sua ausência a designação de um defensor dativo para acompanhar a diligência (art. 224-bis.1.d e art. 224-bis.7 do CPP italiano). Na Itália exigem-se duas decisões sucessivas: uma primeira autorizando a realização do exame, mediante prévia intimação, e, no caso de ausência, outra decisão autorizando a condução coercitiva. Ver Chiavario, 2009:361-364. Sobre a excepcionalidade da condução coercitiva e necessidade de prévia intimação, ver *supra*, subseção 4.5.2.

³²² Outros países prevêm expressamente essa regra. Ver o art. 175.1 do CPP português, o art. 249.1 do CPP italiano. Na Alemanha, a regra é a entrega logo após a diligência, cf. § 107 da StPO.

³²³ Reno, 2001:16.

³²⁴ Especificamente no sentido do texto, ver: Inglaterra, PACE 1984, Code A, item 3.10, inclusive indicando que é dever do policial prestar oralmente essas informações sobre os motivos da busca, dar-lhe cópia do relatório no local ou, na impossibilidade, de informar o abordado sobre o direito de peticionar para receber por escrito as razões da diligência. Atualmente o acesso ao relatório pode ser feito por meio eletrônico. Com pesquisa indicando a relevância da informação das razões da revista para a percepção de legitimidade da atuação policial, ver Stone e Pettigrew, 2000:viii.

Diversos países estabelecem que o abordado possui o direito de fazer-se acompanhar por uma pessoa de sua confiança, caso a presença dessa pessoa não coloque em risco a diligência, ela se apresente sem demora e se trate de pessoa idônea³²⁵. E para exercer tal direito, a pessoa deveria ser previamente informada pelo policial de que o possui. Essa norma é reconhecida como um dispositivo de controle da atividade policial, mediante o direito de intervenção de uma testemunha³²⁶. Entendemos ser altamente relevante, *de lege ferenda*, o reconhecimento desse direito no Brasil, com sua devida regulamentação.

A revista deve ser realizada sem ofensa ao pudor do abordado. Assim, estabelece o art. 249 do CPP que a revista em uma mulher deve ser feita por outra mulher, salvo se importar em retardamento ou prejuízo da diligência. A trata-se de regra geral, que apenas poderia ser relevada em situações muito excepcionais, diante do evidente constrangimento que causa à abordada, sendo devidamente justificadas por escrito *a posteriori*. Se uma policial feminina não estiver presente, é possível que o policial convide outra mulher presente, que inspire confiança, a realizar a busca na abordada³²⁷. Entendemos que a garantia não é apenas quanto ao direito à realização da revista por mulher, mas também se estende ao direito de não ter pessoas do sexo oposto assistindo a revista, caso seja necessário a retirada de vestimentas, exceto se a abordada o solicitar³²⁸. Caso a abordada seja uma lésbica, ela ainda tem direito à garantia da revista feminina. Caso se trate de um homem travesti, com apresentação social feminina, é recomendável que a revista seja feita por outra mulher, em respeito ao sentimento de pudor do(a) abordado(a), exceto se, por questões de segurança, tal não se recomendar (v.g., um homem de elevada força física e agitado, que faça recear pela segurança da policial feminina)³²⁹.

Regra semelhante é prevista no art. 4º da Lei n. 12.037/2009, a qual prevê que para realização da identificação criminal “a autoridade tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento do identificado”. O princípio por trás da regra possui idêntica aplicação no âmbito das revistas pessoais. A proteção ao pudor exige que se evite ao máximo retirar as roupas do abordado (expondo-o publicamente em roupas íntimas) ou que, caso essa revista seja

³²⁵ Nesse sentido, ver art. 175.1 do CPP português; art. art. 245.1 do CPP italiano; e § 106.2 da StPO na Alemanha. Na Argentina, a diligência deve ser acompanhada por uma testemunha, que não poderá ser policial, salvo impossibilidade (CPP federal, art. 156.3).

³²⁶ Chiavario, 2009:344.

³²⁷ J.C. Assis *et al.*, 2008:54.

³²⁸ Nesse sentido: Inglaterra, PACE 1984, Code A, item 3.6.

essencial, que ela se faça em local reservado, zelando-se pelo respeito ao pudor do abordado³²⁹. Apenas se justifica se houver efetivamente a suspeita de que o abordado oculta algum objeto sob as roupas. Uma revista feita de forma abusiva, com grave violação do pudor do abordado e sua exposição pública indevida (v.g., expondo em público a nudez do abordado), poderá eventualmente contaminar a legitimidade de toda a diligência, sendo considerada prova ilícita a apreensão dela decorrente, com a consequente inadmissibilidade de sua utilização em juízo. Trata-se de um instrumento de dissuasão da prática de arbitrariedades pela Polícia³³¹. Sem prejuízo da responsabilização do policial por crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/1965, art. 4º, “b”).

4.7.6 Garantias procedimentais de controle

O CPP brasileiro não regulamenta a documentação e controle da diligência de revista pessoal. Todavia, como vimos anteriormente, essa diligência configura uma restrição momentânea de liberdade, o que, por si só, já deveria justificar a existência de um sistema de documentação e posterior controle da diligência. Todavia, além da restrição momentânea da liberdade, a revista pessoal também é uma restrição ao direito fundamento de liberdade pessoal, consistente no direito de não ser obrigado a fazer o que não se deseja com seu corpo (inclusive com o risco de uso da força para sua concretização em caso de resistência), bem como tangencia o direito à boa imagem, ante a usual exposição pública do abordado durante a revista em via pública, bem como a intimidade, ante a vasculha em áreas usualmente não expostas ao público (roupas, bolsas), portanto, uma área da existência pessoal com uma legítima expectativa de privacidade.

O problema do controle da discricionariedade policial no âmbito das revistas pessoais é especialmente dramático no Brasil, pois (i) não há a documentação da diligência nem a obrigatoriedade de uma revisão de seus requisitos por outras autoridades (Ministério Público ou

³²⁹ Nesse sentido: SENASP, 2010:90.

³³⁰ A obrigação de respeito à “dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor” do abordado é expressamente prevista no art. 175.2 do CPP português.

³³¹ Especificamente nessa situação, ver: Valente, 2009b:444. Analisando mais genericamente, considerando a “ofensa à integridade moral” do abordado como uma “proibição de prova”, ver P.P. Albuquerque, 2009:474. Não afastamos a possibilidade de eventual aplicação do princípio da proporcionalidade, em casos de crimes muito graves e ofensas não sérias ao pudor, para relativizar essa regra; sobre o princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas, ver Ávila, 2007.

juiz) no caso de a suspeita inicial não se confirmar; e (ii) ainda que a suspeita se confirme, usualmente não se analisa com rigor a efetiva presença dos requisitos iniciais que justificariam a diligência.

Quando ocorre uma revista pessoal diante da suspeita de porte de objetos ilícitos, se a diligência não produz nenhum resultado concreto (nada é localizado), não será feita sequer qualquer documentação processual da diligência, impedindo-se qualquer espécie de controle sobre a mesma. Dessa forma ficam sem fiscalização provavelmente a maioria das hipóteses de realização de revistas pessoais (partindo-se do pressuposto que nem sempre a suspeita inicial se confirma). Se for localizada alguma prova que possui ligação com um crime em investigação, mas a pessoa não se encontra em situação de flagrante delito, então haverá tão somente a apreensão do objeto e, normalmente, as circunstâncias dessa apreensão serão documentadas apenas quando houver a colheita de depoimento do próprio policial sobre sua atuação, usualmente em um momento posterior e sem muito rigor de detalhes.

Finalmente, quando há efetivamente a localização de algum objeto no curso de uma revista pessoal que configure flagrante delito, haverá a lavratura de um auto de prisão em flagrante, que documentará logo após o fato a intervenção policial, com posterior controle do sistema judicial (a análise quando à existência de elementos de convicção suficientes da prática da diligência, a tipicidade em tese do fato, e a situação temporal imediata entre o fato e a intervenção policial). O mesmo ocorre para a revista pessoal realizada no curso de uma busca domiciliar autorizada judicialmente, para a qual deverá haver um relatório da diligência ao final. Todavia, não é usual realizar-se efetivamente o controle sobre os pressupostos da revista pessoal que justificou a descoberta da situação de flagrante delito, mas da efetiva situação de flagrante delito; assim, acaba ocorrendo um raciocínio de “fato consumado”: se a Polícia diz que havia alguma suspeita e após efetivamente localizou o bem na posse da pessoa, então se pressupõe que a suspeita era legítima, ainda que faticamente não houvesse qualquer situação objetiva que justificasse a dita suspeita. A atual regulamentação acaba por permitir que eventualmente a Polícia realize um número muito elevado de diligências de revista pessoal, mas sem qualquer suspeita concreta, pois as diligências infrutíferas não terão qualquer controle e as diligências que localizarem algo serão convalidadas pelo raciocínio do “fato consumado”. Em termos práticos, acaba por não haver nenhum (ou muito pouco) controle sobre essa atividade, em violação ao

paradigma do Estado de Direito de controle estrito da atividade policial³³². Outros países não trabalham nessa linha.

Em **Portugal**, se a Polícia realiza uma revista ou busca com consentimento do abordado ou na hipótese de revista seguida à detenção em flagrante, a diligência deve ser imediatamente comunicada ao Ministério Público, para posterior controle. Caso a revista ou busca seja feita na hipótese de fundada suspeita da prática de crimes especialmente graves, constantes de rol legal (CPP, art. 174.5.a c/c 174.6), a diligência deverá ser posteriormente comunicada ao juiz de instrução, para controle. Ainda assim, a violação dessas regras gera nulidade sanável³³³.

Na **Itália**, o art. 352.4 do CPP exige que após a realização da revista pessoal por iniciativa da Polícia Judiciária, esta deverá comunicar o Ministério Público, sem retardo e no prazo máximo de 48 horas, para que este realize um despacho de convalidação da diligência. Mesmo para as revistas de segurança pública (*inspezioni di polizia*) há necessidade de posterior controle pelo Ministério Público³³⁴.

Na **Espanha**, a Polícia pode realizar a revista (*cacheo*), com o controle superficial do corpo, quando houver fundada suspeita de que alguém porte substâncias ou instrumentos proibidos ou perigosos, sendo que “o resultado da diligência deverá ser colocado imediatamente em conhecimento do Ministério Público” (art. 19.2 da LO 1/1992 da Lei sobre a proteção da segurança cidadã)³³⁵.

³³² Assim, vemos com certo receio uma admissão generalizada do entendimento exposto pelo Tribunal Supremo espanhol (ATC 1178/1997) de que “toda suspeita que as diligências ulteriores revelem como acertada deve considerar-se fundada, pois não há maior fundamentação do que a evidência” (*apud* J.T.C. Carvalho, 2009:175). Em linha semelhante ao nosso (mas em relação ao requisito da fundada suspeita para deferimento de interceptações telefônicas pelo juiz), M.C. Andrade, 2011:548, argumenta que “só pode aferir-se a legalidade da autorização a partir dos conhecimentos disponíveis no momento em que ela é dada; tendo, para o efeito, de ficar entre parênteses os conhecimentos que a execução da medida veio tornar possíveis”.

³³³ P.P. Albuquerque, 2009:474.

³³⁴ Prevendo esse controle é a D.P.R. 309/1990, art. 103.2, que prevista a revista em meios de transportes, sobre as bagagens e sobre os passageiros, para a prevenção e repressão do tráfico ilícito de drogas. Também a Lei n. 152/1975, art. 4º, prevê a possibilidade de a Polícia realizar revista pessoal (*perquisizione personale*) sem prévia autorização judicial no curso de uma operação de polícia, em caso excepcional de necessidade e urgência que não permitem obtenção de prévia autorização judiciária, com a finalidade de verificar a posse de armas, explosivos ou instrumentos de infração. Sobre a necessidade de reconduzir as revistas de segurança pública ao sistema de controle pelo Ministério Público, ver Lupária, 2011 e Chiavario, 2009:344.

³³⁵ Gimeno Sendra, 2008:241-2.

Na **Alemanha**, não há regra expressa específica sobre o controle posterior das revistas pessoais que não geram apreensão de objetos, todavia, as revistas em geral dependem, em regra, de prévia autorização judicial, e em situações de urgência podem ser realizadas pelos oficiais de polícia designados pelo Ministério Público (StPO, § 105.1), de sorte que toda a atividade policial deve estar sob a supervisão constante do Ministério Público. De qualquer forma, sempre haverá documentação da revista num auto (§ 107 da StPO) e ainda sempre que houver a apreensão de qualquer objeto, é necessária a posterior comunicação da revista ao Ministério Público (StPO, § 108.1).

Na **França**, a Polícia possui legitimidade para realizar uma revista pessoal diante da suspeita de uma pessoa está numa situação de flagrante delito, ou seja, que a pessoa porta objetos ilícitos (art. 55-1 do CPP francês). Todavia, sempre será obrigatória a realização de uma ata da diligência ainda no local dos fatos (*sur-le-champs*), assinado pelo policial e pelo abordado, bem como o abordado terá direito de obter uma cópia da ata se assim o solicitar (art. R. 155 e R. 156 do CPP)³³⁶. Na França, se não há localização de objetos ilegais não há necessidade de posterior comunicação ao Ministério Público.

No Brasil, já haverá um relatório da diligência para os casos de revista pessoal de investigação que confirme uma situação de flagrante delito, revista pessoal para a segurança dos policiais realizada após a realização de uma prisão em flagrante, ou de revista pessoal realizada no curso de uma busca domiciliária. Nessas situações, cremos que os policiais deverão relatar minuciosamente, dentro do auto de prisão em flagrante ou do relatório da busca domiciliar, os motivos da diligência (as fundadas razões no caso concreto), a forma de realização da revista e suas intercorrências (como o eventual uso da força)³³⁷.

Todavia, nos casos em que a revista pessoal é realizada e nada é localizado, cremos que deve ser aplicada aqui, também, a solução antes já desenhada sobre a necessidade de controle sobre as restrições momentâneas de liberdade, por aplicação analógica do art. 10 da LC n. 75/1993, o qual determina que toda prisão deve ser comunicada ao Ministério Público³³⁸. Além da restrição momentânea ao direito de locomoção, há também a restrição a diversos outros

³³⁶ Decocq *et al.*, 1998:708-710; Guinchard e Buisson, 2009:549.

³³⁷ Nesse sentido literal é o art. 64.III do CPP francês. Ver comentários em Decocq *et al.*, 1998:710.

direitos fundamentais, ainda que não haja a condução coercitiva à DP, o que qualifica a exigência constitucional de controle sobre a atuação policial de revista pessoal. Especialmente quando há o uso da força contra o abordado, fica patente a existência de uma restrição à liberdade que necessita de um mínimo de controle.

Parece-nos que deveria haver uma comunicação obrigatória ao Ministério Público sempre que:

- a) Houver apreensão de objetos, ainda que não ligados a uma investigação específica (v.g., nas revistas de segurança, ante a evidente restrição de direitos);
- b) Sempre que houver resistência passiva seguida do uso da força com resultado lesão no abordado, ou com disparo de arma de fogo (através de um auto de resistência, numa interpretação sistemática com o art. 292 do CPP)³³⁹;
- c) Sempre que houver autuação do abordado por crime de resistência ativa ou desacato (narrando a diligência através do respectivo termo circunstanciado);
- d) Sempre que houver alguma restrição momentânea da liberdade seguida de deslocamento compulsório para outro local (v.g., uso de algemas ou a introdução do abordado no cubículo da viatura policial).

Toda revista pessoal deve ser objeto de documentação e controle interno. Nas demais situações de revista pessoal sem apreensão de objetos, sem uso da força, ou com uso leve da força (sem lesões, disparo de arma de fogo ou uso de algemas), além do controle interno, o ideal seria a Polícia periodicamente elaborar um relatório de revistas pessoais, indicando a

³³⁸ Acima, subseção 4.4.3. Ver ainda idêntica conclusão feita para o controle de identificação acompanhado de condução coercitiva à DP.

³³⁹ Sobre a necessidade de controle das diligências com uso da força, ver abaixo, subseção 4.9.2. Nessa última situação, se a resistência foi ativa (com agressão aos policiais) haverá configuração de um crime, que justificará a condução coercitiva do abordado à DP para ser autuado um termo circunstanciado do delito. Todavia, se a resistência foi meramente passiva, não haverá crime, pois a sua consequência é tão somente autorizar o uso da

quantidade de revistas realizadas, os motivos e locais, a ser encaminhado ao Ministério Público para fiscalização e controle, de forma a dar transparência ao padrão de atuação policial, numa interpretação sistemática com a Lei n. 12.527/2011, art. 3º, II (Lei do acesso à informação).

Sobre o conteúdo do auto de revista, afirma Albuquerque que ele deve conter obrigatoriamente as seguintes informações³⁴⁰:

- (a) a identidade da autoridade que realiza a revista e das pessoas presentes,
- (b) a identidade do revistado (visado) e menção explícita se consentiu na revista ou não,
- (c) o dia e hora em que começou e terminou a revista,
- (d) o local em que decorreu a revista, incluindo as medidas tomadas para resguardo do pudor do visado,
- (e) a menção da comunicação ao visado dos seus direitos e, havendo-o, da entrega de cópia do despacho que determinou a revista,
- (f) a descrição do modo pelo qual foi feita a revista, com indicação das partes do corpo revistadas e do uso da força física,
- (g) a descrição dos objetos encontrados durante a revista,

força pela Polícia. Nessa situação de uso da força pela Polícia, se resultou lesão no abordado ou se houve necessidade de disparo de arma de fogo, sempre deverá haver notificação ao Ministério Público.

³⁴⁰ P.P. Albuquerque, 2009:477. Para os critérios do auto de revista na Inglaterra, ver: Inglaterra, PACE 1984, Code A, item 4, indicando que caso a investigação em curso exija sigilo sobre o nome dos policiais, eles poderão ser identificados por número de matrícula. Em sentido semelhante, afirma Reno, 2001, que nos EUA, o *consent decree* no caso *EUA vs. LAPD* (2001) estabeleceu que, após todo incidente de abordagem a um veículo, deveria ser elaborado um relatório eletrônico com os seguintes dados (item 104): (a) Matrícula do policial; (b) Data e horário aproximado da abordagem; (c) Local da abordagem; (d) Aparência do motorista (raça, etnia, nacionalidade); (e) Sexo e idade aparente do motorista; (f) Motivo da abordagem (com marcadores para as situações suspeitas usuais de abordagens veiculares e espaço para justificação); (g) Se foi determinado ao motorista que se retirasse do veículo; (h) Se foi realizada revista pessoal no motorista; (i) Informação se ocorreu advertência, indiciamento ou prisão com indicação do número do procedimento respectivo; (j) Se o motorista foi indagado sobre a concessão de autorização para realização de busca veicular ou pessoal e se a autorização foi concedida ou denegada. Caso seja realizada uma revista ou uma busca sem autorização judicial, também deverá haver informação (em *check boxes*) sobre o motivo da revista ou busca, se foi sobre a pessoa ou veículo e o que foi encontrado ainda no sistema americano, em toda revista pessoal, um policial realiza a revista enquanto outro lhe proporciona a segurança. Deve haver uma obrigação de que o policial que realiza a segurança seja uma testemunha da diligência e acompanhe o processo de eventual localização de eventuais bens. No relatório da diligência deve haver uma menção expressa de quem foi o policial que realizou a segurança da diligência. Deve ser proibido um policial realizar uma revista pessoal sem supervisão, fora de uma situação de urgência imediata. Também deve haver uma orientação expressa para que, caso esse policial presencie alguma ilegalidade durante a abordagem, ele possui a obrigação de relatar formalmente os fatos ao supervisor ou diretamente ao órgão de controle interno.

(h) a descrição de quaisquer declarações prestadas pelo visado, por pessoa da sua confiança ou pelo advogado do visado (se já estiver constituído como arguido),

(i) o registro de quaisquer incidentes, e

(j) a data da elaboração do auto e assinatura.

Ao realizar o controle dos pressupostos de fato para realização de uma revista pessoal, não se deve ser afoito e já partir para uma anulação *ex abrupto* por eventual deficiência de motivação. Deve-se dar oportunidade aos policiais de complementarem as informações iniciais constantes do relatório da revista pessoal, para justificar suas atividades³⁴¹.

4.8 Buscas Domiciliárias

4.8.1 Inserção no quadro de garantias fundamentais

As buscas domiciliárias não são em si mesmas uma fonte de prova, mas um meio de pesquisa da prova³⁴². O meio de prova propriamente dito será o objeto que for eventualmente apreendido, o qual será valorado de acordo com as consequências lógicas de que sua posse pelo abordado possa trazer, bem como os exames periciais eventualmente realizados sobre os mesmos³⁴³.

A disciplina das buscas domiciliárias e pessoais possui especial relevância constitucional, já que estão em jogo os direitos fundamentais da inviolabilidade domiciliar, que está reconhecida na CRFB/1988, art. 5º, XI e possui correspondência em diversos tratados internacionais. Assim, a inviolabilidade do domicílio é vista como uma garantia de proteção a esse direito fundamental (intimidade familiar e individual), que exige o respeito a uma esfera

³⁴¹ Indicando essa precaução: Decocq *et al.*, 1998:555. Todavia, essa brecha de justificação posterior pode eventualmente consistir uma porta para a criação de situações de justificação então inexistentes, situação a ser cautelosamente analisada pelas instâncias de controle, especialmente diante de outros indícios de eventual desvio policial.

³⁴² Segundo Chiavario, 2009:341, são *mezzi di ricerca della prova*.

³⁴³ Sobre a distinção clássica entre objeto de prova, meio de prova, procedimento de prova e avaliação da prova, ver Gomes Filho, 1997:92. Ver ainda Florian, 1982:95 *et seq.*

mínima de desenvolvimento da personalidade humana, portanto, uma manifestação última da dignidade da pessoa humana³⁴⁴.

Entende-se que o domicílio é o lugar de desenvolvimento da personalidade em sua esfera privada mais íntima, no convívio familiar e que, portanto, em regra não pode sofrer intromissões indevidas³⁴⁵. O domicílio é encarado como uma projeção espacial da pessoa, o espaço de realização do “eu interior” longe do escrutínio de outros³⁴⁶. A proteção ao domicílio visa assegurar que não haverá arbitrariedades nesse espaço de estabilidade pessoal (o domicílio), como forma de se assegurar o desenvolvimento da pessoa enquanto sujeito de direitos, sendo a esfera da intimidade perspectivada como modalidade de direito de personalidade.

Todavia, como nenhum direito fundamental é absoluto, nem pode ser utilizado para a prática de delitos, admite-se sua restrição, nas hipóteses delineadas pela própria Constituição Federal. Nesse sentido, admite-se o ingresso no domicílio alheio mediante o consentimento do morador, ou sua violação em caso de “flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Há, portanto, dois critérios claros para a violação: urgência da intervenção (flagrante delito, desastre ou socorro), que dispensa prévia autorização judicial, e a investigação criminal fora do quadro de uma situação de urgência, que sempre exigirá prévia autorização judicial, e ainda assim apenas poderá ser realizada durante o dia.

4.8.2 Conceito de domicílio

O conceito de casa para efeitos de proteção penal envolve o local onde a pessoa desenvolve sua vida íntima, ainda que precário (v.g., uma tenda de cigano ou uma autocaravana), ou transitório (um quarto de hotel)³⁴⁷. Também abrange os locais fechados anexos à habitação, como a garagem da vivenda, mas não abrange os locais de uso coletivo (como a garagem de um

³⁴⁴ Nesse sentido: Luño, 2003:317 *et seq.* Sobre o tema, ver Álvarez Rodríguez e Ríos Diego, 2009:13-16; Cabezudo Bajo, 2004:40-53; Valente, 2003.

³⁴⁵ Sobre o tema, no direito brasileiro, afirma Afonso da Silva (2002:206): “A casa como abrigo inviolável do indivíduo comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto sob o mesmo teto), as relações entre pais e seus filhos menores, as relações entre os dois sexos (a intimidade sexual)”.

³⁴⁶ Canotilho e Moreira, 2007:541.

³⁴⁷ Respectivamente: TRE, 4 jul. 1995 e acórdão STJ, 23 abr. 1992, ambos *apud* Albuquerque, 2009:481.

edifício de condomínio)³⁴⁸. Quanto à questão das autocaravanas, parece-nos que se elas estão estacionadas ou armadas, constituem inegavelmente domicílio; se estão em movimento e passam por meras fiscalizações de trânsito, ainda é razoável que sejam equiparadas a domicílio para efeitos de proteção da intimidade; todavia, se estão em movimento e passam por áreas de fiscalização internacional (especialmente alfandegária), parece-nos que devem ser consideradas como veículos para efeito de vistoria, situação em que se a vistoria é necessária para transpor a barreira e o titular se recusa em consentir na vistoria, então não poderá transpor a barreira³⁴⁹.

A doutrina portuguesa distingue entre buscas domiciliárias e não domiciliárias³⁵⁰. Estas últimas estão regulamentadas no art. 174, §§ 2º e 3º do CPP português, e recaem sobre áreas não livremente acessíveis ao público (que, portanto, merecem alguma proteção), mas que não chegam a enquadrar-se no conceito clássico de domicílio, como lugar de desenvolvimento da vida privada, e que, portanto, possuem um grau menor de proteção, como, por exemplo, automóveis, armazéns, garagem coletiva de condomínio e outras áreas³⁵¹. Há controvérsias na doutrina se os escritórios ou locais de trabalho consistiriam domicílio em sentido estrito, aparentemente inclinando-se no sentido de que não o são³⁵². Para as buscas não domiciliárias seria admissível autorização pelo Ministério Público, enquanto as buscas

³⁴⁸ Ver Ribeiro, 2008:358-9, citando ampla jurisprudência sobre os diversos conceitos de domicílio para efeitos de buscas domiciliárias.

³⁴⁹ Discutindo o estatuto jurídico das autocaravanas, ver Valente, 2003:80-88, o qual defende que mesmo em movimento as autocaravanas se equiparam a domicílio. A situação de exceção que apontamos talvez seja de escassa aplicação em Portugal, já que aqui não há fronteiras terrestres com países extracomunitários, mas pode ter relevância para os países que as tenham, como Espanha e os países do Leste Europeu. A questão foi examinada em Espanha pela STS 18 out. 1996, que considerou que apesar de as autocaravanas se equipararem a domicílio para efeitos de proteção contra buscas indevidas, quando cruzam fronteiras, nas quais os veículos são ordinariamente revistados, há um consentimento implícito para a realização da busca, de sorte que nesse momento a autocaravana se equipararia a um veículo para fins de obrigatoriedade de ser submetido à busca: ver Moreno Catena, 2000:1241. No Brasil a discussão não se aprofunda no tema; o STJ equipara a busca em veículos genericamente à revista pessoal, ou seja, dispensam prévia autorização judicial no caso de fundada suspeita: STJ, 6ª T., HC 216.437/DF, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20 set. 2012, DJe 8 mar. 2013.

³⁵⁰ Sobre o tema, ver Pinto, 2005:423-5; Valente, 2003:53-70.

³⁵¹ Nas seguintes situações considerou o Tribunal Constitucional Português que não haveria equiparação a domicílio: uma oficina mecânica e barracões anexos (TC n. 192/2001) ou quartos anexos de uma discoteca onde se praticam atos de natureza sexual (TC n. 364/2006). Ver Ribeiro, 2008:359.

³⁵² Para uma síntese dessa controvérsia, ver Pinto, 2005:430. Posicionam-se contra a extensão do conceito de domicílio aos locais de trabalho: VVAA, 2009:459 e Albuquerque, 2009:481, este último defendendo que os escritórios profissionais não entram no conceito estrito de domicílio, e citando decisão do TC n. 192/2001. Há que se ver, todavia, que o TEDH possui precedente entendendo que o local de exercício da profissão representa uma faceta da vida privada profissional das pessoas e, portanto, também merece proteção especial: TEDH, *Niemietz vs. Alemanha*, j. 16 dez. 1992. Na Espanha, o Tribunal Superior entende que se o espaço profissional está aberto ao público não se equipara a domicílio, mas se não está aberto ao público então está protegido pelo conceito de

domiciliárias exigiriam prévia autorização de juiz em sentido estrito³⁵³. A regra é extraída da conceituação abrangente das hipóteses de busca, prevista no disposto no art. 174.2 do CPP português (sob o título de “pressupostos”), como sendo a diligência que se realiza “em lugar reservado ou não livremente acessível ao público”, em contraposição ao conceito do art. 177.1 (sob o título “busca domiciliária”), como sendo “casa habitada ou numa sua dependência fechada”. Enquanto para as buscas não domiciliárias o Código fala em decisão da autoridade judiciária competente (art. 174.3), indicando, portanto, que o Ministério Público pode deferir as buscas não domiciliárias, enquanto para as buscas domiciliárias o dispositivo fala em decisão de juiz (art. 177.1), o que combinado com o art. 269.1.c permite concluir que se trata do juiz de instrução³⁵⁴. A restrição quanto à não possibilidade de realização da diligência no horário noturno sem ordem judicial apenas é indicada para as buscas domiciliárias, sendo possível a conclusão de que para as buscas não domiciliárias seria possível a sua realização sem autorização judicial durante a noite nas hipóteses excepcionais do art. 174.5 (aliás, especificamente para o flagrante delito, a própria CRP/1976, em seu novo art. 34.3, permite as buscas domiciliárias noturnas sem necessidade de autorização judicial)³⁵⁵.

No Brasil não há distinção entre buscas em locais fechados domiciliárias e não domiciliárias, pois se o local não está aberto ao público e há uma restrição de acessos, então há uma expectativa de privacidade que conduz a interditar a Polícia de ingressar livremente nesse local, sendo necessária prévia autorização judicial. O conceito de domicílio é dado pelo art. 150, §§ 4º e 5º do CP, sendo que expressamente inclui-se no conceito de casa o “compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”³⁵⁶. O art. 246 do CPP estende a

domicílio para efeitos de exigência de prévia decisão judicial para violação: respectivamente, STS 6 jul. 1995 e STS 14 abr. 1994, *apud* Moreno Catena, 2000:1233-8.

³⁵³ Alguns países admitem que mesmo o Ministério Público possa determinar buscas domiciliárias, como na Itália (CPP italiano, art. 247.3).

³⁵⁴ A conclusão de que é necessária autorização de juiz em sentido estrito para a violação do domicílio não poderia ser diferente, já que o art. 202.2 da CRP/1976 assegura um princípio de reserva de jurisdição ao estabelecer ser função jurisdicional “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”; nesse sentido: Pinto, 2005:426.

³⁵⁵ Nesse sentido, interpretando a reforma do art. 34.3 da CRP/1976 no sentido de admitir a busca noturna em escritórios e áreas não domiciliares como uma restrição razoável, mas sua realização no recinto familiar como já abusiva e a extrapolar os limites do poder constituinte de reformar, ver Valente, 2009a:166-7. Também indica Valente (*ibidem*) a potencial inutilidade da medida, já que o crime organizado também terá instrumentos para monitorar a ação da Polícia durante a noite e evitar a diligência.

³⁵⁶ Mirabete, 2002:321, exclui do conceito de “casa” os estabelecimentos comerciais e industriais. De ver-se todavia, que se trata de um local fechado onde se exerce uma atividade.

regra da busca diurna a tais locais, de sorte que o direito brasileiro não admite a distinção portuguesa entre buscas em locais fechados domiciliárias e não domiciliárias.

4.8.3 Buscas sem autorização judicial

Conforme o art. 5, XI, da CRFB/1988, é possível o ingresso no domicílio sem autorização judicial em três situações: quando há consentimento do morador, quando da detenção em flagrante delito, ou em caso de desastre para prestar socorro. Todas essas hipóteses podem ser realizadas durante o dia ou à noite³⁵⁷. Vejamos.

4.8.3.1 Buscas com consentimento do morador

A discussão relevante aqui é quanto à titularidade do direito de disposição, a liberdade de informação, o momento do consentimento e a sua documentação. O entendimento majoritário é de que o consentimento deve ser prestado por pessoa que habite no local da busca, portanto que tenha titularidade sobre a inviolabilidade domiciliar³⁵⁸. Todavia, há entendimento jurisprudencial de que se o investigado habita no local, o consentimento deve partir deste, não sendo suficiente o consentimento de outra pessoa que também habite no local³⁵⁹. Assim, no caso de vários sujeitos serem titulares autônomos de cômodos independentes de uma casa, o consentimento de um não pode suprir o do outro: poderia, no máximo, estender-se sobre o cômodo sobre o qual a pessoa tem titularidade exclusiva. Segundo precedente do Tribunal

³⁵⁷ Nesse sentido: Albuquerque, 2009:483, Canotilho e Moreira, 2007:542 e Pinto, 2005:447-8. Para uma crítica da admissibilidade generalizada de busca noturnas mesmo em situação de suspeita de flagrante delito, que deveriam ser subsidiárias às buscas diurnas mesmo nessa situação, ver Ávila, 2010b. Ali defendemos que crimes de menor relevância e não urgentes não deveriam ser reconduzidos à mesma lógica da violação de domicílio noturna em flagrante (v.g., suspeita que a pessoa possui documento falso).

³⁵⁸ VVAA, 2009:458.

³⁵⁹ Acórdão do TC n. 507/94, *apud* VVAA, 2009:459 e Valente, 2003:108: nesse caso a mãe deu autorização para busca no quarto do filho, tendo o tribunal considerado inválida a autorização, concluindo que “no caso de várias pessoas partilharem a mesma habitação, deve ser exigido o consentimento de todas”. Segundo Albuquerque (2009:473), endossando a referida posição do TC, é inconstitucional “considerar relevante o consentimento da pessoa que tem a disponibilidade do lugar, mas não é visado pela busca domiciliária policial não autorizada”. Ainda nessa linha é a jurisprudência espanhola: ver Moreno Catena, 2000:1246. Outros exemplos de falta de autorização segundo essa corrente: (1) se uma pessoa mora em um quarto arrendado de uma vivenda, não seria suficiente a autorização do proprietário que também mora no local; (2) não é suficiente a autorização do pai ou do cônjuge do visado, com quem ele reside, sendo necessária a autorização efetiva do visado pela diligência. Todavia, Álvarez Rodríguez e Rús Diego, 2009:78, citam o precedente espanhol da STC 22/2003, no qual se um conjugue autoriza a entrada da Polícia é válida a diligência, pois o pacto conjugal pressupõe que ambos podem autorizar terceiros a ingressar na residência comum (mas tal não é admissível se os cônjuges estão separados dentro da mesma casa, cf. STC 22/2003).

Constitucional espanhol, ainda que uma pessoa esteja morando apenas a alguns poucos dias de favor na casa de amigo, não é suficiente a autorização do amigo para legitimar uma diligência no quarto da pessoa se ela efetivamente não consentiu, pois naquele momento aquele era seu domicílio³⁶⁰. Obviamente essas considerações não se aplicam se o autor está em flagrante delito e a autoridade policial possui certeza dessa situação, hipótese em que a busca pode ser realizada sem necessidade de consentimento do investigado; por exemplo, se uma mulher é vítima de violência doméstica, é razoável que ela dê autorização para a Polícia ingressar em sua casa e apreender arma ilegal de seu marido, que a vítima tinha receio de ser eventualmente usada contra si, já que há um flagrante delito de porte ilegal de arma (situação de verdadeiro flagrante delito o qual até dispensaria o consentimento).

Obviamente, o consentimento deve ser anterior ao ingresso na residência. O art. 174.5.b do CPP português determina que ele deve ser documentado “por qualquer forma”. Na França, o consentimento deve ser dado por escrito, à mão, mencionando-o na ata da diligência (art. 76.2 do CPP francês) e anexando-o à ata (art. C.136)³⁶¹. O ideal é que o investigado ou o titular do direito prestem autorização por escrito, antes do início da diligência, assinando um termo de autorização para a busca, de forma a ficar indiscutivelmente comprovada a autorização, especialmente para evitar situações em que a pessoa dá o consentimento, todavia posteriormente nega que concedeu tal autorização, ou ainda evitar uma eventual situação de abuso de autoridade,

³⁶⁰ Eis o caso da STC 209/2007: A estava morando de favor por alguns poucos dias na casa de B, um amigo que arrendava o local; a Polícia chegou e solicitou autorização de B para ingressar na casa e verificar se A ali se escondia; B concedeu a autorização e a Polícia efetivamente localizou e deteve A (fora da situação de flagrante delito); o Tribunal Constitucional espanhol entendeu que o consentimento do arrendatário (efetivo morador) não era suficiente, pois naquele momento A também morava, aquele era seu “espaço pessoal de desenvolvimento da vida privada” e que, portanto, como co-titular momentânea do domicílio também era merecedor da tutela da inviolabilidade domiciliar, de sorte que a sua ausência de sua autorização invalidava a diligência. Todavia, em outro precedente (STC 189/2004), entendeu-se que se o comorador está presente quando o efetivo morador dá a autorização para o ingresso na residência e não se opõe formalmente a essa autorização nesse momento, haveria um “consentimento tácito” deste, de sorte que na ponderação entre seu tênue interesse de proteção domiciliar, e o forte interesse à proteção do morador, prevaleceria a possibilidade de o morador autorizar quando não há protesto imediato do comorador precário. Ademais, entende-se que se, na constância da relação matrimonial, um cônjuge autoriza terceiro a ingressar na casa o consentimento é válido, mas se ambos estão separados e compartilham a mesma casa, já surge uma contraposição de interesses e uma expectativa de privacidade por um dos cônjuges que não legitima o outro a autorizar a violação do domicílio (STC 22/2003). Comentando essas decisões, ver Álvarez Rodríguez e Rús Diego, 2009:74-78.

³⁶¹ Decocq *et al.*, 1998:711.

na qual apesar da negativa de autorização a Polícia ingressa indevidamente no domicílio e procura legitimar tal situação com a desculpa de que houve uma suposta autorização³⁶².

Em nosso entendimento, não deveria ser admitido o consentimento tácito (mera não oposição de resistência à busca), como uma presunção de consentimento diante das circunstâncias, mas deveria ser o consentimento um ato consciente e inequívoco, especialmente para que possa estar devidamente documentado; todavia, não se desconsidera que em outros países admite-se o consentimento tácito para buscas domiciliárias³⁶³.

Para ser válido, o consentimento deve ser prestado por pessoa capaz, sem qualquer espécie de erro, violência ou intimidação. Não é admissível que o consentimento seja prestado diante de negociação de promessas de atuação ou não atuação policial³⁶⁴. Na jurisprudência espanhola há entendimento (que nos parece escorreito) de que a pessoa presa não possui liberdade para conceder autorização de realização de busca domiciliar sem a assistência de advogado³⁶⁵. Em nosso entendimento, o titular do direito deve ser informado da finalidade da busca e da possibilidade de não consentir (ou seja, deve ficar claro que se trata de um pedido e não uma ordem), cuja omissão poderia ensejar o “engano” do titular do direito, que se viria

³⁶² No Brasil, no mesmo sentido, ver: Tourinho Filho, 2010(v.3):419. Na Espanha, a LECrim, art. 551, admite o “consentimento tácito”, consistente em cumprir espontaneamente os atos derivados do requerimento de ingresso pelo policial, todavia, a doutrina recomenda que o consentimento seja expresso: Álvarez Rodríguez e Ríos Diego, 2009:73; Cabezudo Bajo, 2004:54. Há uma recomendação nesse sentido do Departamento de Justiça dos EUA para os Departamentos de Polícia locais; ver Reno, 2001:12. Sobre a formalização do consentimento, os acórdãos portugueses TRC 2 dez. 1992 e TRL 13 jan. 2000 (*apud* Albuquerque, 2009:473) entendem que é admissível que seja prestado oralmente antes da diligência e documentado por escrito ao final. O problema seria o visado negar assinar o termo após a diligência, situação que Albuquerque (*loc. cit.*) soluciona com a assinatura de uma testemunha que tenha presenciado o consentimento, diversa do autor do auto.

³⁶³ Nesse sentido, na Espanha, ver o art. 551 do CPP – *Ley de Enjuiciamiento Criminal*; v. Moreno Catena, 2000:1239. Todavia, mesmo em Espanha não se admite o consentimento presumido, em que não houve sequer afirmação de vontade implícita do titular do direito do domicílio: ver Cabezudo Bajo, 2004:55. Na França, a jurisprudência da Corte de Cassação afirma-se no sentido de que “pesa sobre o policial uma obrigação de informar completamente o particular de seu direito de recusar a medida coercitiva a ser aplicada contra sua pessoa”, ou seja, o consentimento deve ser uma realidade, não mera aparência: França, Corte de Cassação, Criminal, 28 jan. 1987, *apud* Guinchard e Buisson, 2009:565.

³⁶⁴ Nesse sentido: Álvarez Rodríguez e Ríos Diego, 2009:72. Por exemplo, não é admissível que a Polícia obtenha o consentimento para realizar a busca sob pena de a Polícia prender uma pessoa: ou a Polícia tem justificativa para prender e deve prender, ou não possui justificativa para prender e não pode prender, pois se devia prender e não prende há prevaricação e se não devia prender e ameaça prender há abuso de autoridade (e engano para o consentimento) de sorte que a Polícia deve cumprir seu dever quanto à efetuação da prisão e isso não pode condicionar a negociação sobre a concessão de consentimento para a busca domiciliar.

³⁶⁵ Há precedentes espanhóis entendendo que o consentimento de pessoa presa, sem prévio conselho de advogado, não é válido por não haver liberdade de manifestação, havendo uma “intimidação *sui generis*”: SSTS de 29 set. 1989, 27 jan. 1992, 2 jul. 1993 e 20 nov. 1996, *apud* Moreno Catena, 2000:1242-5. No mesmo sentido: Álvarez Rodríguez e Ríos Diego, 2009:72 e 79.

coagido a dar um consentimento como se ele fosse sua única opção diante da atuação coercitiva iminente da autoridade policial³⁶⁶.

Sobre a ausência de pressões para a obtenção do consentimento, lecionam Álvarez Rodríguez e Ríos Diego que a garantia de liberdade exige³⁶⁷:

(1) Que o consentimento não esteja invalidado por erro, violência ou intimidação de qualquer espécie.

(2) Que não se condicione a circunstâncias periféricas, como promessas de qualquer atuação policial, de qualquer espécie.

(3) Se aquele que vai conceder o consentimento encontrar-se detido pela Polícia, então não se lhe deve reconhecer plena liberdade para prestar seu consentimento, a não ser que o faça com a assistência de Advogado, pelo que nessa situação deverá documentar-se tudo em uma diligência policial de colheita da autorização do detido titular do domicílio para a entrada e busca em sua casa na presença do Advogado.

Se o consentimento é obtido mediante engano, coação ou ameaça, a diligência estará inquinada de nulidade, tratando-se as provas eventualmente apreendidas de prova ilícita³⁶⁸.

Albuquerque entende que, se prestado o consentimento no início da diligência, ele não pode ser posteriormente retirado³⁶⁹. Deve-se registrar, todavia, que o crime de violação de domicílio, previsto no art. 150 do CP brasileiro, compreende tanto o ingresso sem autorização como a recusa de sair quando ordenado a tanto. Assim, se a Polícia entra com autorização, mas essa autorização é retirada no curso da diligência, o correto seria a saída da Polícia (a não ser que a Polícia já tenha localizado provas de um flagrante delito, que a partir desse momento justificaria a permanência no domicílio), pois, a partir do momento em que cessa a autorização de

³⁶⁶ Reforçando a importância da informação sobre a possibilidade de não consentir: Cabezudo Bajo, 2004:54. Imagine-se a situação em que a Polícia bate à porta ordenando: “abra a porta imediatamente, é a Polícia, nós temos que realizar uma busca em sua residência!”; o sujeito poderia ser induzido a imaginar que o não abrir a porta nessa situação significaria que ela seria arrombada pela Polícia ou que ele seria eventualmente responsabilizado por desobedecer àquilo que aparentemente era uma ordem (e não um pedido de autorização para o ingresso).

³⁶⁷ Álvarez Rodríguez e Ríos Diego, 2009:72. Sobre o risco de “coerção psicológica” decorrente de uma ordem policial para franquear o acesso à casa, cuja obediência seria depois convertida em “consentimento do morador”, ver Guinchard e Buisson, 2009:598.

³⁶⁸ Nesse sentido: A.S. Dias e V.C. Ramos, 2009:36; P.P. Albuquerque, 2009:474. Sobre o alcance da ilicitude às provas derivadas e as respectivas exceções de convalidação (descoberta inevitável, não exclusividade da fonte, vício diluído), ver Ávila, 2007:259-273.

³⁶⁹ Albuquerque, 2009:473. Em sentido contrário, afirmando a possibilidade de revogação do consentimento: Moreno Catena, 2000:246.

permanência, o titular do direito à inviolabilidade domiciliar já passa a sofrer efetivamente uma violação ao seu direito fundamental, e as violações apenas são admissíveis nas hipóteses constitucionalmente estabelecidas³⁷⁰. Não há motivo para conceder a proteção ao domicílio no caso da permanência sem consentimento para os particulares em geral e negá-lo aos agentes do Estado. Imagine-se a situação: a Polícia pede para entrar e confirmar a ausência de drogas, o morador consente, mas na sequência a Polícia inicia uma busca longa e minuciosa no local, que como se sabe causa grande transtorno à tranquilidade (afora a desarrumação na casa), momento em que o cidadão apercebendo-se do transtorno a que está sendo submetido decide retirar a autorização de permanência da autoridade policial; parece-nos perfeitamente razoável que o cidadão tenha esse direito de ter restabelecida sua tranquilidade domiciliar (situação especialmente agravada na hipótese de buscas domiciliárias noturnas).

Em verdade, a realização de buscas domiciliárias mediante consentimento do visado não deveria ser uma regra na atividade investigatória, pois se efetivamente o visado possui alguma prova de crime, não é normal (esperável) que o mesmo venha a consentir com a realização da diligência, sendo mais correto que a autoridade policial recorra à autorização judicial. Assim, a fórmula do consentimento do visado pode ser eventualmente utilizada como um subterfúgio para se realizar buscas sem autorização judicial, quando a informação sobre a possibilidade de não consentimento não é feita adequadamente nem este é devidamente documentado.

4.8.3.2 Buscas na sequência de uma prisão em flagrante delito

A questão de realização de buscas após um flagrante delito coloca três ordens de problemas: os requisitos de fundada suspeita para o ingresso no domicílio, o nível de extensão espacial para a busca decorrente do flagrante delito, e quanto à vinculação finalística da busca à suspeita de posse de objetos ilegais ou provas do crime.

Para o deferimento da revista ou busca, são necessárias “fundadas razões” (CPP, art. 240), sem distinguir o código da revista diretamente realizada pela Polícia ou pela autoridade judicial. Entendemos que há uma graduação diferenciada no nível de cognição para a

³⁷⁰ Também nesse sentido: Cabezudo Bajo, 2004:55, fazendo referências às posições concordantes de Alonso de Antonio, na Espanha, e de Mazzioati, na Itália. No Brasil, nesse sentido, ver Nucci, 2008:535.

ação direta pela Polícia diante de flagrante delito (evidência forte) e exigência de prévia autorização judicial (mais relativizada, diante de fundadas razões). Isso porque há uma esfera especial de proteção ao domicílio, constitucionalmente qualificada, sendo que a decisão judicial deveria ser a regra e a intervenção policial direta uma exceção, justificada pela certeza e urgência, inerentes ao flagrante delito (do latim *flagrare*, ardem ou queimar).

Em relação à violação do domicílio decorrente do flagrante delito, a jurisprudência espanhola tem construído um conceito restritivo de flagrância apto a determinar a relativização da garantia constitucional do domicílio, exigindo-se: imediatidade temporal (crime está sendo cometido ou acabou de sê-lo), imediatidade pessoal (a presença do autor do crime no local assegura a certeza de sua participação) e necessidade urgente de atuação (consistente na necessidade de fazer cessar a prática criminosa e seus malefícios sociais, bem como a de deter imediatamente seu autor e evitar o desaparecimento dos objetos ligados à prova do crime)³⁷¹. Nessa toada, se não há urgência e há possibilidade de recorrer à autoridade judicial para a intervenção, essa prévia decisão judicial deve ser preferível.

Assim, não bastam meras conjecturas ou suspeitas genéricas para justificarem a intromissão domiciliar por iniciativa autônoma da Polícia, especialmente em se tratando apenas de crime de posse de estupefacientes (sem uma vítima concreta em risco), havendo necessidade de uma confirmação forte do estado de flagrância (*probable cause*), a qual deverá estar presentes antes do ingresso e que deverá ser avaliado pelo juízo *a posteriori*, sob pena de ilicitude da prova colhida em violação do domicílio. Assim, deve-se exigir prova da “evidência” da prática delituosa. Se há necessidade de ponderações ou raciocínios dedutivos de probabilidade, esses devem ser feitos pelo juiz e não pela autoridade policial (sob pena de se policializar a proteção do direito fundamental à proteção domiciliar)³⁷².

³⁷¹ Oliva Santos *et al.*, 2007:372; Cabezero Bajo, 2004:282. Na STC 341/1998 indicam-se os requisitos de evidência da prática do delito e urgência da intervenção policial.

³⁷² Na jurisprudência espanhola, a STS 341/1993, de 18 nov., afirma não ser suficiente um “conhecimento fundado”, com base em suspeitas, mas é necessário um “conhecimento evidente”: *apud* Moreno Catena, 2000: 1257-9. Afirma Cabezero Bajo, 2004:265: “a flagrância, para efeitos processuais, exige uma certa publicidade material do delito, bem como respeito à identificação de seu autor, que é impossível de realizar em um domicílio desde o exterior, a não ser que exista uma percepção visual, por uma janela, ou por outro sentido, da prática delituosa”. Ainda na Espanha, o art. 21 da Lei sobre a Proteção da Segurança Cidadã (LO 1/1992) previa a possibilidade de realização de busca domiciliar o “conhecimento fundado” de que está sendo praticado um delito relacionado ao tráfico de drogas, todavia esse dispositivo foi declarado inconstitucional pelo TC espanhol, o qual entendeu que não é suficiente uma suspeita genérica derivada de um “conhecimento fundado”, sendo exigido, ao contrário,

Essas considerações não afastam a possibilidade de atuação putativa, na qual os indícios exteriores, apreensíveis pelos sentidos do policial, permitiam um raciocínio de probabilidade quanto à suspeita da prática de um delito, a qual posteriormente esclareceu-se infundada. A Corte de Cassação francesa construiu a teoria da aparência (*théorie de l'apparence*) destinada a legitimar a ação policial em resposta a uma situação de verossimilhança de situação de flagrante delito, que posteriormente o policial verificou não se confirmar³⁷³.

Deve-se preferir a cognição direta, na qual o próprio policial, por seus sentidos, adquire a percepção de que um crime está sendo praticado no interior do domicílio. Todavia, é residualmente admissível a cognição indireta, na qual por outros meios que não a percepção direta do policial, chega-se ao conhecimento da prática do crime, como o relato de testemunhas ou uma interceptação telefônica, devendo-se, todavia, haver maiores cautelas nessas situações para evitar indevidas relativizações da inviolabilidade domiciliar³⁷⁴.

De forma especial, é inadmissível a intromissão domiciliar com fundamento exclusivo em delação apócrifa (denúncia anônima), sob pena de se convalidar abusos policiais à privacidade dos cidadãos, pois a informação apócrifa não é fiável, devendo nessa situação autoridade policial fazer as diligências preliminares para confirmar a veracidade das informações e com base nas suas próprias constatações diligenciar ou a atuação imediata (se constatar com certeza o flagrante delito) ou a representação pela expedição do mandado judicial³⁷⁵. Ainda que, havendo uma suspeita genérica (mas ainda fraca), a autoridade policial ingresse no domicílio e comprove a situação de flagrância na posse de estupefaciente, como não houve uma certeza prévia ao ingresso no domicílio, sua violação foi inválida e haverá ilicitude da prova assim

uma certeza evidente, inerente ao próprio conceito de flagrante; ver: STC 341/1993, *apud* Oliva Santos *et al.*, 2007:373. Recomendando a existência de um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade na avaliação dos indícios, especialmente diante dos valores constitucionais em jogo, ver: VVAA, 2009:446. Sobre o conceito de indícios e os graus de convicção no processo penal, ver Albuquerque, 2009:329-331.

³⁷³ Ver França, Corte de Cassação, Criminal, 9 jan. 1990, *apud* Guinchard e Buisson, 2009:503. Essa teoria corresponde à situação de atuação putativa sobre os pressupostos de uma excludente da ilicitude (estrito cumprimento do dever legal putativo).

³⁷⁴ Cabezudo Bajo, 2004:280.

³⁷⁵ Formulando essa crítica da impossibilidade de busca domiciliar apenas com delação apócrifa, ver Rosa, 2010; Lupária, 2009:215-6. Na Inglaterra, ela está expressamente prevista no art. 3.1 do PACE 1984, Código B.

obtida, pois o correto no caso de haver dúvidas sobre a efetiva configuração da situação de flagrância é a representação policial pela expedição do mandado judicial³⁷⁶.

Em síntese, numa situação de “quase-certeza” (elevadíssima probabilidade ou evidência) é admissível a atuação policial direta; contudo, num quadro de probabilidade (mas ainda menos que a “quase-certeza”), é necessária prévia autorização judicial.

Em segundo lugar, deve-se entender que a autorização legal para realização de buscas domiciliárias decorrentes do flagrante delito limita-se ao domicílio no qual o delito foi praticado. Há uma limitação espaço-temporal da situação de flagrante delito, que justifica a restrição ao direito fundamental da inviolabilidade domiciliar, mas apenas dentro desses limites. Por exemplo, se a Polícia ingressa num domicílio diante de fundadas suspeitas da prática de tráfico de drogas, ela pode naturalmente realizar uma revista naquela casa para localizar drogas escondidas, nos locais em que se suspeita que elas estejam escondidas (princípio da adequação), realizando a prisão das pessoas que ali se encontram, em relação às quais não haja dúvidas da efetiva participação na atividade criminosa. Todavia, se quatro pessoas são presas naquele local, a situação de flagrante delito não concede automaticamente à Polícia uma autorização para adentrar na residência de cada uma dessas quatro pessoas presas para realizar outras buscas de outras drogas nesses outros locais, pois o estado de flagrante está espacialmente limitado à casa na qual foi constatado o delito e realizada a prisão, exceto se já houver outras informações fortes (situação de elevadíssima probabilidade, qualificada como “evidência”) de que nesse outro local também há uma situação de flagrante delito³⁷⁷.

Se, num caso de furto, após a prisão do autor em flagrante este informa que deu a *res furtiva* para uma terceira pessoa, essa pessoa estará, em tese, em flagrante do crime de receptação, e será lícito à Polícia ingressar em sua residência para recuperar a *res*. Mas essa ação apenas será admissível diante de uma elevada probabilidade de que a *res* esteja naquele local, e não diante de meras conjecturas, sob pena de ação abusiva pelos policiais. Se há dúvidas sobre o paradeiro da *res* diante de informações meramente indiciárias, o correto seria os policiais

³⁷⁶ Ver comentários anteriores sobre a problemática das fundadas suspeitas para realização de revista pessoal, na subseção 4.7.4.

³⁷⁷ Na França, há regra expressa de que, no caso de flagrante delito, se a busca domiciliar for realizada não no local da prática do crime, mas no domicílio de terceiro, para tal busca será necessária uma prévia autorização do Ministério Público (art. 56.1 do CPP francês).

representarem por um mandado de busca e apreensão domiciliar. Da mesma forma, se a Polícia prende uma pessoa em flagrante delito em via pública pelo crime de tentativa de roubo, não há qualquer justificativa para levar o detido à sua casa e ali realizar uma busca domiciliar, pois aquele local não possui qualquer vinculação espacial com o local da prisão em flagrante nem com a prática delituosa referida.

A realização da busca seguida à prisão em flagrante também deve estar teleologicamente ligada à causa da prisão, deve haver “fundadas razões” para a realização da busca de algo. Por exemplo, se uma pessoa é presa em flagrante delito por crime de ameaça praticada em situação de violência doméstica, se ela ameaçou matar com uma arma, é razoável que a Polícia realize uma busca para tentar encontrar a arma referida. Todavia, se ela apenas ameaçou agredir fisicamente e não há qualquer outra notícia de posse de bens ilícitos na casa, o simples fato de a pessoa ter sido presa em flagrante delito não concede à Polícia uma carta branca para vasculhar a casa do preso por outros eventuais delitos, pois não há qualquer justa causa para tanto. Há violação ao princípio da adequação na restrição de direitos fundamentais, um subprincípio da proporcionalidade. Nessa situação, ainda que a Polícia encontre algum objeto ilícito (v.g., uma caixa com diversos DVDs falsificados), como não havia justa causa para a realização da busca, a apreensão dos objetos consistirá em prova ilícita, sem prejuízo de sua destruição, por se tratar de objetos de posse ilícita³⁷⁸. A busca seguida à prática de um crime também pode estar relacionada com a perícia de local de crime, situação em que se buscam identificar e recolher os eventuais vestígios materiais do crime no local (sinais de sangue, marcas, impressões digitais), ou mesmo documentar a estrutura física do local para que tais informações sejam levadas em consideração para o esclarecimento dos fatos³⁷⁹.

³⁷⁸ Essa regra de exigência de razões a justificar a busca no local de residência da pessoa presa é expressamente previsto no art. 18.1 do PACE 1984, na Inglaterra. Não afastamos aqui a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, para validar em prova em situações muito extremas, como, v.g., localizar na residência diversas armas de elevado calibre, que indicam que o preso faz parte de uma perigosa organização criminosa. Sobre o princípio da proporcionalidade, ver Ávila, 2007. Segundo Nucci, 2008:531, na situação de o policial ingressar no domicílio sem justa causa inicial e posteriormente localizar uma situação de flagrante delito, o policial deveria ser punido por abuso de autoridade, mas ele admite a admissibilidade da utilização da prova. O perigo aqui é que esta pequena “fresta” venha incentivar reiteradas violações por policiais.

³⁷⁹ Outros países regulamentam de forma autônoma a perícia de inspeção de local de crime (em Portugal, ver art. 171 a 173 do CPP português; na Espanha, ver LECrim, art. 318; na França, ver art. 54 e 61 do CPP francês). No Brasil, essa diligência é uma mistura de permissão de violação do domicílio em caso de flagrante delito, e perícia de local de crime, mas sem regras específicas para sua realização (limitação temporal, espacial, eventuais restrições momentâneas de liberdade, mecanismos de controle).

Há entendimento doutrinário resistente à possibilidade de a Polícia realizar busca domiciliar logo após uma prisão em flagrante, ao argumento de que a autorização constitucional e legal para violar o domicílio é apenas para situações urgentes na qual a decisão judicial a tempo inviabilizaria a diligência, como a necessidade de fazer cessar um crime e apenas se efetuar a prisão em flagrante, devendo-se preservar o local e aguardar a emissão de uma autorização judicial para a realização da busca³⁸⁰. Todavia, parece-nos que nessa situação ainda há efetivamente uma urgência que justifica a realização imediata da busca, especialmente quando o domicílio é compartilhado por outras pessoas com ligações afetivas com o investigado, pois, ao ser descoberta a ação da Polícia, caso se espere longo período de tempo até a obtenção de uma autorização judicial, perder-se-ia o efeito surpresa necessário para realizar a busca com probabilidades de sucesso, motivo pelo qual a busca seguida da detenção em flagrante seria uma necessidade decorrente do princípio da proporcionalidade. Também no caso de se cumprir um mandado de prisão, caso no curso da diligência a Polícia se depare (sem busca anterior) com objetos de posse ilícita, que configuram outra situação de flagrante delito, situação equiparável ao encontro fortuito³⁸¹. Nesse caso, a preocupação deve ser, a nosso juízo, o estabelecimento de mecanismos eficientes de controle da diligência por iniciativa autônoma da Polícia.

3.2.3.3 Segue: flagrante e crime permanente

Finalmente, uma situação preocupa especialmente a garantia da inviolabilidade domiciliar: a possibilidade de sua realização na hipótese de crimes permanentes. O Código Penal brasileiro não conceitua o crime permanente, apenas pressupõe sua existência (CP, art. 111, III, relativo à prescrição dos crimes permanentes). A doutrina a qualifica como o crime cujo “momento consumativo se protraí no tempo”³⁸². O CPP brasileiro, art. 303 expressamente afirma que “nas infrações permanentes, entende-se o agente de flagrante delito enquanto não cessar a permanência”. O CPP português, art. 256.3, acrescenta um critério para se permitir a prisão em flagrante por crime permanente: “o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem os sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar”. A problemática da prisão em flagrante decorrente do crime permanente reside em

³⁸⁰ Barja de Quiroga, 1993:790.

³⁸¹ Essa hipótese é expressamente prevista no art. 352.2 do CPP italiano. Argumentando que se trata de uma situação de presunção legal de urgência: Lupária, 2009:214.

³⁸² Jesus, 2001:194; L.R. Prado, 2002:210.

verificar o nível de atividade necessário e suficiente para justificar a relativização da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (muitas vezes qualificada pelo repouso noturno).

Algumas modalidades de crimes permanentes que existem em outros países não existem no Brasil, como o furto de uso ou a mera posse de documentos falsificados³⁸³. Provavelmente as hipóteses mais ordinárias de problemas com crimes permanentes são os crimes de tráfico de drogas, sequestro e de quadrilha.

Uma corrente doutrinária procura reconduzir o conceito de flagrante delito à lógica do “estado de necessidade justificante”, ou seja, à necessidade urgente de fazer cessar a prática criminosa (como no sequestro ou na agressão de uma pessoa no interior de uma residência), de sorte que, afora essa situação extrema, não seria legítima a intervenção no domicílio por outros crimes em que não há uma urgência imediata na cessação da atividade delitiva, como, v.g., porte de estupefacientes ou falsificação de documentos³⁸⁴.

Todavia, na situação de depósito de estupefacientes, parece-nos que efetivamente há uma situação de perigo iminente à saúde pública e à eficiência da diligência que justifica uma intervenção imediata das autoridades policiais para fazer cessar a prática da conduta delituosa: não é desprezível o risco de perecimento do material até o amanhecer caso se descubra a iminência da intervenção policial (usualmente feita mediante dispensa pelo sistema de esgoto), havendo movimentação de pessoas não é possível controlar se essas pessoas estão ou não transportando pequenas porções da substância estupefaciente (pois a não atuação imediata

³⁸³ Respectivamente o Código Penal português, art. 208 e art. 256.1.f. No Brasil ambas as condutas, isoladamente, são fato atípico, sendo crime apenas a falsificação em si ou o uso de documento falso (art. 297, 298 e 304 do CP Brasileiro). Apenas a guarda de selos, papéis de crédito e outros papéis públicos falsificados é crime (art. 293, § 1º, I, do CP Brasileiro).

³⁸⁴ No sentido do texto acima, Dias, 2007:205-6. Também endossando a posição mais restritiva do conceito de flagrante delito para justificar a restrição no domicílio, Fonseca, 2003:106. Registre-se, todavia, que há precedentes jurisprudenciais admitindo o estado de flagrância se o agente se mantém, por exemplo, na posse de documento falsificado: acórdão do TRL, 14 jan. 2002, in: CJ, XXVII, 1, 125, *apud* Albuquerque, 2009:679. No sistema espanhol, Álvarez Rodríguez e Ríos Diego (2009:112-5) defendem (de forma minoritária) que o delito de tráfico de estupefacientes apenas deveria admitir o flagrante delito na hipótese de o sujeito estar recebendo o material, comercializando-o, ou entabulando o acordo para traficar, mas na modalidade de ter em depósito não seria admissível a manutenção da situação de flagrância, argumentando que essa modalidade seria um crime de “resultado cortado”, pois o crime já está consumado quando da posse inicial, sendo indiferente o local onde se realize sua guarda, concluindo que conceder a possibilidade de realizar buscas domiciliárias para a posse de estupefacientes sem ordem judicial seria uma transferência de competências da esfera judiciais à esfera policial. Todavia, essa posição não é a acolhida pela jurisprudência espanhola (STC 94/1996), que admite a posse de estupefacientes como flagrante delito, a justificar a realização da busca domiciliária sem necessidade de mandado judicial.

impediria a identificação dessas pessoas), receio que justifica uma pronta intervenção das autoridades policiais para assegurar a sua eficiência, bem como um eventual acidente no acondicionamento da droga poderia causar perigos aos vizinhos (imagine-se um apartamento com sistema de ventilação interligado), situação em que a saúde pública também reclamaria uma pronta intervenção das autoridades. Essas situações são inerentes à própria situação do tráfico de estupefacientes na modalidade de manter em depósito³⁸⁵. O legislador constituinte inclusive qualificou o crime de tráfico de drogas, colocando-o ao lado dos crimes hediondos e do terrorismo, parecendo-nos perfeitamente razoável que se inclua a posse das drogas no conceito de crime permanente a justificar a intervenção imediata sem autorização judicial.

Idêntica solução deve ser dada para o caso do sequestro, no qual, inclusive, está em jogo uma ação de salvamento, portanto claramente dentro do paradigma constitucional de autorização de relativização da garantia da inviolabilidade domiciliar.

Todavia, cremos que especificamente para a hipótese de flagrante do crime de quadrilha (associação criminosa), devem-se exigir requisitos mais acentuados para se permitir a prisão em flagrante delito. Assim, se o grupo está realizando uma reunião, seus membros claramente estão em flagrante delito, todavia não há mais flagrante delito para justificar a prisão, quando os seus integrantes estão a dormir em suas casas durante o período da noite, ainda que a *affectio societatis* da organização criminosa não tenha se dissolvido³⁸⁶. Entender de outra forma significaria criminalizar perpetuamente a vida das pessoas que integram tais organizações, mesmo quando elas não estão a cometer qualquer delito, numa verdadeira prisão de pessoas “perigosas” que são suspeitas de virem a cometer algum crime³⁸⁷. Não existe qualquer urgência na prisão mediante invasão do domicílio, especialmente durante a noite, das pessoas que integram uma quadrilha, se elas não estão cometendo crimes naquele instante, sendo possível, se não há mais flagrante de qualquer outro crime, que se represente por uma autorização judicial para sua prisão e a respectiva busca.

³⁸⁵ Nesse sentido, na Espanha: STS 29 nov. 1990.

³⁸⁶ Nesse sentido: VVAA, 2009:637 e Marques da Silva, 2008:267.

³⁸⁷ Ferrajoli, 2002:635, identifica a prisão em flagrante em caso de crimes associativos a uma verdadeira “prisão de polícia”, ou seja, detenção de pessoas suspeitas de virem a praticar algum eventual crime, em caráter potestativo, num verdadeiro paradigma de direito penal do autor.

Nesse sentido, a Constituição Portuguesa (CRP/1976), em seu art. 34.3, estabelece a admissibilidade das buscas domiciliárias noturnas em duas situações: (1) flagrante delito, sem autorização judicial; (2) criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada (nela incluída o tráfico de estupefacientes) com autorização judicial. Ou seja, condiciona-se a realização de buscas noturnas para associações criminosas à prévia autorização judicial, pelo fato óbvio de que se a associação criminosa não está a praticar delitos naquele momento (não está efetivamente em flagrante delito, apenas mantém-se o vínculo associativo), deve-se respeitar a regra geral de exigência de autorização judicial para a violação domiciliar, especialmente durante a noite³⁸⁸.

4.8.3.4 Buscas em caso de desastre ou para prestar socorro (e as buscas de segurança pública)

Exceto a hipótese de flagrante delito, a violação do domicílio sem ordem judicial e sem autorização do morador apenas será possível em caso de desastre ou para prestar socorro. Trata-se tão somente de autorização para violação do domicílio e para afastar a situação de perigo, não necessariamente para realização de busca domiciliar com finalidades investigativas, apesar de ser possível que durante o ingresso se descubra alguma situação de flagrante delito que posteriormente legitimará uma investigação de cunho criminal³⁸⁹.

Essa hipótese poderia colocar em questionamento a possibilidade de a Polícia violar um domicílio na hipótese de prática iminente de um crime, para evitar a sua consumação, numa situação que em ainda não se está diante de outro crime já consumado. E, nesse contexto de ação de salvamento, realizar incidentalmente uma busca domiciliária para realizar o salvamento, cujo resultado possa ser aproveitado num processo criminal.

³⁸⁸ Em Portugal, a Constituição inicialmente não permitia buscas domiciliárias noturnas, sendo que posteriormente a Lei Constitucional n. 01/2001 passou a admiti-las em caso de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei. A doutrina portuguesa passou a entender que tal reforma constitucional era legítima, pois ela apenas explicitou limites aos direitos fundamentais que já estavam implícitos (necessidade de eficiência da persecução penal diante de crimes especialmente graves). Entendemos que uma reforma constitucional semelhante seria possível no sistema brasileiro, desde que acompanhada de uma interpretação restritiva de realização de buscas em casos de efetiva necessidade. Ver Ávila, 2010b.

³⁸⁹ Cabezudo Bajo, 2004:153.

Em Portugal, essa hipótese de busca domiciliária é expressamente prevista nos casos de “terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa” (CPP português, art. 174.5.a). Nessa situação, a busca domiciliária funda-se na presença de indícios da prática iminente de um crime, e na finalidade urgente de interromper o *iter criminis* de crimes de elevada gravidade social e salvar pessoas. E ela justifica duas relativizações à regra geral: (i) pode ser realizar sem prévia autorização judicial; (ii) podem ser realizada inclusive durante o período noturno (CPP português, art. 177.5.a)³⁹⁰.

De forma semelhante, na Itália, na Lei n. 55/1990, art. 27.1 e .2 é prevista a possibilidade de a Polícia realizar busca local, em caso de urgência e necessidade, para prevenção e repressão do delito de associação de tipo mafioso (qualquer delito dessa modalidade) e outros delitos assemelhados. Também no D.L. n. 306/1992, art. 25-bis, para o caso de criminalidade organizada, é prevista uma revista realizada diretamente pela Polícia, com posterior controle do Ministério Público, consistente na possibilidade de suspender a circulação de pessoas e veículos em áreas suspeitas de armazenarem armas, munições ou explosivos, ou ainda no qual haja suspeita de haver pessoa procurada pela prática de crime organizado ou terrorismo, e que pode estender-se a todo o edifício e a todo o quarteirão, seguindo-se após essa diligência a respectiva busca no local para tentar localizar os objetos referidos. Há ainda o art. 225 das Normas de Atuação do CPP italiano, que estabelece que ainda se aplicam as regras relativas ao art. 41 do R.D. n. 773/1931 e do art. 33 da Lei n. 4/1929, que permitem que a Polícia realize uma busca domiciliar diante da notícia relativa à presença ilícita de armas, munições, explosivos e em relação à prevenção de violações da lei financeira³⁹¹. Permite-se até mesmo a apreensão cautelar

³⁹⁰ Claramente a situação da alínea “a” do art. 174.5 do CPP português não é a situação do flagrante delito, pois o flagrante em geral já está disciplinado na alínea “c”, e uma identidade de significados tornaria a alínea “a” desnecessária e sem sentido. A situação dessa alínea “a” constitui uma hipótese em que, por ficção jurídica, antecipa-se a situação de flagrante delito do momento em que a pessoa está efetivamente iniciando a realização dos atos executórios do crime lesivo à vida ou integridade física, para um momento anterior, mas ainda extremamente próximo (iminente), de forma a indicar a urgência da diligência e justificar a intervenção policial imediata. Reflete, em certa medida, a deriva securitária do processo penal, que se inclina primordialmente em evitar a prática do delito (incrementando o valor segurança pública). Sardinha, 1989:99, advoga a legitimidade dessa medida excepcional de buscas sem ordem judicial. Todavia, há críticas. Ver Valente, 2009b:299, argumentando que as buscas sem ordem judicial vulneram ao princípio geral de reserva de jurisdição para restrição de direitos fundamentais, previsto no art. 34.2 da CRP/1976, o qual possui uma força centrífuga no âmbito da investigação criminal.

³⁹¹ Sobre a admissibilidade dessa busca domiciliar nessa situação mesmo diante de denúncia anônima, ver Lupária, 2009:182-3. De ver-se que o dispositivo do R.D. n. 733/1931 afirma que é admissível a diligência quando os

de bens (*sequestro preventivo*) que possam favorecer a prática de outros crimes, em regra mediante prévia decisão judicial, mas excepcionalmente em caso de urgência pela própria Polícia com controle posterior (art. 321.3-bis do CPP italiano)³⁹².

Na Espanha, entende-se que o estado de flagrância abrange não apenas o momento quando o autor está cometendo ou acabou de cometer, mas também os instantes imediatamente anteriores que exijam uma intervenção policial para evitar a prática iminente, situação que já configura uma tentativa do crime³⁹³.

Na França, no caso de suspeita de crimes de terrorismo, armas explosivas ou de destruição em massa, ou ainda de tráfico de drogas, é possível que o Ministério Público expeça um mandado para a realização de controles de identidade e revistas em veículos (estacionados, em circulação em vias públicas ou em locais acessíveis ao público) de forma generalizada em determinada área (art. 78-2-2 do CPP francês). Nessa situação, a vistoria de veículos deve realizar-se com a presença do condutor ou, se estacionados, de uma pessoa estranha à Polícia, sendo apenas dispensável a presença dessa pessoa no caso de risco à sua integridade física (art. art. 78-2-2.2 do CPP francês), e admissível a retenção do veículo por apenas 30 minutos (art. 78-2-4)³⁹⁴. Todavia, se o próprio oficial de polícia já constata uma situação de flagrante delito, ele possui legitimidade para atuar diretamente, sem prévio mandado (art. 78-2-3), ainda que o requisito de suspeita para tais crimes (*raison plausible*) seja menos exigente que o do flagrante dos demais crimes³⁹⁵.

oficiais tiverem a notícia, “ainda que por indício”, do depósito das armas ou materiais explosivos. De sorte que os requisitos da medida ficam cingidos à interpretação do que seriam efetivamente a expressão “ainda que por indícios”. A fraqueza dos requisitos da intervenção parece demonstrar a deriva eficientista da legislação, típica de um regime de exceção como o fascista. Quanto a essas buscas, a Corte Constitucional tem mantido sua antiga jurisprudência no sentido de que essas intervenções são compatíveis com o novo paradigma constitucional, pois justificadas pela urgência de a Polícia fazer frente a notícias de posse de armas e explosivos, que podem ter alto potencial letal para a coletividade (Itália, Corte Constitucional, n. 332, 27 set. 2001, *apud* Lupária, 2009:219). D’Ambrosio e Vigna, 2003:149, argumentam que o recurso a essa forma de atuação policial sem prévio acompanhamento do Ministério Público deve ser necessariamente excepcional, para não impedir que o Ministério Público possa fiscalizar e acompanhar a realização da diligência, o que seria uma restrição à necessidade de coordenação contínua da atividade de investigação entre Polícia e Ministério Público.

³⁹² Segundo Lupária, 2009:230, Se numa situação concreta a apreensão tiver finalidades tanto probatórias quanto cautelares, deverão ser observadas as garantias das duas modalidades de apreensão.

³⁹³ STC 341/1993

³⁹⁴ Esse regra foi inicialmente expedida como medida excepcional transitória na sequência do 11 de setembro de 2001, e foi posteriormente convertida em definitiva pela Lei de 18 de março de 2003; Boulloc, 2010:390.

³⁹⁵ Nesse sentido: Guinchard e Buisson, 2009:546.

A finalidade dessas buscas domiciliárias realizadas pelo órgão de polícia criminal sem autorização judicial nas hipóteses de prática iminente de terrorismo e criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada não é propriamente recolher elementos de prova de um crime (ainda que eventualmente isso possa ocorrer e seja válido), mas é precipuamente evitar a prática de um crime gravíssimo, com risco à vida ou integridade física de uma pessoa. Essa situação se equipara a um estado de necessidade, para salvar terceiros, o que justifica a relativização da garantia constitucional.

Apesar da omissão normativa no sistema brasileiro, cremos que essa hipótese está implícita na autorização constitucional para violação do domicílio no caso de prestação de socorro a terceiros (ação salvífica imediata e urgente). Todavia, reconhecemos que essa hipótese é de difícil realização prática, pois se o estágio de evolução *iter criminis* de um crime grave já configurar uma tentativa ou outro crime menos grave, a Polícia terá autorização legal para ingressar no domicílio (v.g., posse ilegal de arma de fogo – art. 12 da Lei n. 10.826/2003; ou posse ilegal de substância explosiva ou material destinado à sua fabricação – art. 253 do CP). Ademais, exigiria um nível de monitoramento anterior da atividade criminosa, que já permitisse estabelecer com relativa certeza (“fundados indícios”) a prática iminente do crime grave, usualmente através de interceptações telefônicas ou da ação de um agente encoberto³⁹⁶. O risco aqui é que a tentação da iminência da prática de um crime grave venha corroer a lógica garantista da reserva de jurisdição para a violação domiciliar, equiparando-se prevenção ao crime à investigação criminal urgente, numa progressiva flexibilização dos critérios de restrição dos direitos fundamentais, rumo à policialização.

³⁹⁶ O dispositivo exige uma prognose muito difícil dos órgãos de polícia criminal: avaliar que um crime grave (do rol indicado) está na iminência de ser praticado e que há risco à vida ou integridade de uma pessoa. Pertinente a crítica dos Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto: “[...] com exceção, porventura, de situações em que a atividade criminosa já esteja a ser monitorizada através de escutas telefônicas ou agentes infiltrados, é muito difícil saber, por indícios, quando é que a prática do crime está iminente. [...] Para além dos casos já referidos de monitorização prévia da atividade criminosa, não parecer que esta norma venha a ser aplicada com frequência”; VVAA, 2009:444. Já Mesquita, 2003:136, admite as buscas domiciliárias noturnas e sem autorização judicial “em nome do direito fundamental de um terceiro e não no interesse processual e público de recolha da prova”, dando a entender que admite como válida a diligência para proteger terceiros, argumentando que essa “situação-desvio” teria sua aparente antijuridicidade retirada por princípios de densidade constitucional e valor extraprocessual superiores, consistentes na proteção à vida ou integridade física de outras pessoas.

4.8.4 Observações sobre o controle das buscas domiciliárias com autorização judicial

As buscas domiciliárias, quando realizadas fora do quadro do consentimento do morador, flagrante delito ou para prestar socorro, devem ser sempre precedidas de autorização judicial. Trata-se de um requisito constitucional de prévio controle da atividade policial no âmbito da restrição de direitos fundamentais. A exigência da autorização judicial visa assegurar que efetivamente estão presentes os requisitos de “fundada suspeita” a justificar a intromissão domiciliar, por uma autoridade imparcial, ou seja, que não está psicologicamente envolvida na atividade de investigação criminal. Também possui a finalidade de limitar a violação do domicílio aos pressupostos de seu deferimento e inserir tal atividade num quadro de prestação de contas posterior à diligência.

O CPP, art. 243, I, exige indicação o mais precisa possível da casa na qual se fará a busca e do nome de seu morador. Assim, é inadmissível a expedição de um mandado de busca domiciliar genérico (em qualquer lugar, simplesmente onde se encontre determinada pessoa), ou ainda itinerante e muito menos coletivo (todas as residências de um local). Assim, caso a Polícia constate que o investigado mudou-se de endereço, deverá representar por um novo mandado judicial. Se há diversas residências próximas no local e há dúvidas quanto a qual delas contém o que se procura, a representação policial deverá ser precedida de uma atividade de inteligência que permita individualizar minimamente a residência a ser violada, ou um conjunto limitado de residências que estão sob suspeita de intervenção policial. Lyra indica que há uma prática no Rio de Janeiro de expedir esses mandados coletivos especialmente quando se trata de favelas, o que acaba por conferir à Polícia a autorização para ingressar em quaisquer residências a seu bel prazer, sem posterior documentação da prática, e mesmo sem qualquer instauração de IP, numa verdadeira criminalização da pobreza³⁹⁷.

No caso de mandado judicial, deve-se prever um prazo de validade para o seu cumprimento. Mandados sem prazo de validade são uma porta aberta à eventual arbitrariedade policial, pois poderiam ser cumpridos muitos meses após sua expedição (virtualmente um mandado eterno).

³⁹⁷ Lyra *et al.*, 2004:33. Também contra os mandados genéricos, ver Nucci, 2008:532.

O CPP, art. 243, II, exige que o mandado judicial mencione os fins da diligência. Assim, é conveniente que haja uma especificação mínima dos objetos que se pretende realizar a apreensão, para ser um guia da atividade de busca policial, seguindo-se de uma cláusula genérica relativa a outras eventuais provas ligadas ao crime investigado. Todavia, a jurisprudência não exige discriminação exauriente dos objetos a serem apreendidos, sendo lícito que, caso se localize no curso da busca domiciliar uma prova relevante do crime investigado, que ela seja apreendida³⁹⁸.

A jurisprudência espanhola estabelece alguns requisitos extralegais que devem constar do mandado: (a) circunstâncias pessoais do titular do domicílio (que auxiliarão na individualização do local da busca)³⁹⁹; (b) o delito objeto da investigação (para evitar que a Polícia automaticamente apreenda provas ligadas a outros crimes, devendo nessa situação apenas tomar as medidas de prevenção de urgência dessa prova e colocar o fato em conhecimento da autoridade judicial)⁴⁰⁰; o prazo de validade da autorização de busca domiciliar⁴⁰¹; e a assinatura do juiz e do secretário (estes indicados no art. 248.2 da LOPJ, art. 312 e 252 da LECrim).

Alguns sistemas prevêem que o juiz que autoriza a realização da busca preferencialmente acompanhe sua realização, como uma garantia adicional de lisura da diligência (CPP português, art. 174.3). No Brasil, o art. 241 do CPP prevê que a busca independerá de mandado se o juiz a acompanhar. Todavia, não nos parece correto que o juiz resolva ir pessoalmente à diligência de busca domiciliar para conceder *in loco* a autorização para a realização da busca, pois haveria uma violação ao seu dever de imparcialidade e à vedação de ele mesmo conduzir a investigação, pois a autorização judicial deveria ser prévia à diligência e não concomitante⁴⁰². A exigência de mandado prévio é uma garantia contra o não envolvimento

³⁹⁸ Ver STJ, 5ª T., HC 142.205/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, j. 4 nov. 2010, DJe 13 dez. 2010. Nessa decisão, houve a apreensão de agenda pessoal encontrada em poder do investigado no momento da busca, a qual continha informações relativas à prática delituosa. Ainda que não houvesse sido antevista a apreensão de uma agenda telefônica, sua localização no curso da busca não foi considerada abusiva. Nessa situação, parece-nos que se está diante de um encontro fortuito, a justificar a apreensão (ver Ávila, 2007:219).

³⁹⁹ STS 3 mar. 1995.

⁴⁰⁰ STC 41/1998.

⁴⁰¹ ATS 12 jan. 1994.

⁴⁰² Sobre a vedação de o juiz conduzir investigações, deferindo de ofício diligências investigativas, ver a decisão do STF que declarou inconstitucional dispositivos da Lei n. 9.034/1995 (lei do crime organizado): STF, ADIn 1.570, rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, j. 12 fev. 2004, DJ 22 out. 2004, p. 4. Entendemos que a mesma lógica deve ser aqui estendida. Todavia, o STJ, em *obter dictum*, não tem questionado essa prática, conferir: “A busca domiciliar não pode vir desamparada de mandado judicial, do qual só se prescinde quando a diligência for realizada

direto do juiz nas atividades de investigação⁴⁰³. Assim, se o juiz eventualmente comparecer à cena da busca domiciliar, após expedir o mandado, será para atuar como um fiscal adicional da diligência policial, e não para alargar *in loco* o âmbito de autorização da busca domiciliar. Também o Ministério Público pode acompanhar *in loco* a realização da busca domiciliar, por previsão expressa do art. 7º, II, *in fine*, da LC n. 75/1993, com a finalidade de fiscalizar a correção da atividade policial e assegurar sua convicção sobre a atividade investigativa⁴⁰⁴.

O pressuposto para o deferimento de uma autorização judicial de busca e apreensão domiciliar é a existência de uma investigação criminal em curso, tanto que é necessária a prévia comprovação das “fundadas suspeitas”. Assim, o pedido de deferimento da busca domiciliar deve ser previamente instruído com a informação do número do inquérito policial respectivo. Usualmente a Polícia representa por mandado de busca e apreensão com fundamento em relatórios informais sem instauração de inquérito policial, o que não deve ser aceito, pois retira a diligência do quadro de controle legalmente estabelecido. Ademais, os mandados judiciais devem conter a regra de que imediatamente após a realização da diligência a Polícia deverá elaborar o relatório respectivo e encaminhá-lo para o juiz e para o Ministério Público, com a finalidade de controle posterior, sob pena de haver deferimento de restrição de direitos fundamentais e posteriormente não haver controle da diligência. A regra da obrigatoriedade de lavratura de auto da busca consta do art. 245, § 7º, do CPP, mas deve-se entender que tal auto deve ser comunicado ao juiz que autorizou a diligência, sob pena de tal norma perder a eficácia teleológica.

4.8.5 Necessidade de controle judicial e do Ministério Público sobre as iniciativas de ofício da Polícia de violações domiciliárias

A necessidade de controle da legalidade da realização de uma busca domiciliar (ou em área não domiciliar mas não aberta ao público e, portanto, merecedoras de algum nível de proteção, como o caso de sede de empresas) é uma derivação do paradigma do Estado de Direito,

pessoalmente pela autoridade judicial”; ver STJ, 5ª T., HC 43234/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 3 nov. 2005, DJ 21 nov. 2005, p. 265. A doutrina também não se posiciona de forma mais crítica sobre essa possibilidade de se dispensar o mandado com a presença do juiz: Tourinho Filho, 2010(v.3):412; Nucci, 2008:531.

⁴⁰³ Assim, argumenta Choukr, 2009:442, que “fora das situações de flagrante delito a expedição do mandado é sempre obrigatória, independentemente da condição de quem o cumpre”. Em sentido semelhante: Rangel, 2009:63.

⁴⁰⁴ Nesse sentido, ver CNPG, 2012, anexo 1C.5.

segundo o qual toda diligência restritiva de direitos fundamentais da Polícia deve ser submetida a mecanismos eficientes de fiscalização (uma derivação da necessária fiscalização recíproca de poderes e de funções do Estado). A necessidade de que o juiz que autoriza uma busca local realize a fiscalização da legalidade da mesma foi reconhecida pelo TEDH como sendo uma exigência do sistema de direitos humanos reconhecidos na CEDH⁴⁰⁵. Diante da paridade de regramentos da CEDH com a CADH e com a própria CRBF/1988, é de se concluir que o mesmo raciocínio pode ser validamente aplicado ao sistema brasileiro.

Um dos problemas do sistema brasileiro é que, havendo suspeita da prática de crime em situação de flagrante delito, é admissível que a Polícia viole um domicílio no qual o crime tenha sido praticado, para realizar a respectiva inspeção do local de crime, seguindo-se a necessária busca no local para apreender as eventuais provas de eventual interesse para a investigação. Também no caso e mandados de prisão, está “embutida” a autorização para se ingressar no domicílio do foragido, caso se tenha a “certeza” de que ele ali se esconde (ou melhor, haja um juízo de elevadíssima probabilidade).

Todavia, se a suspeita inicial não se confirma e não há a realização de uma prisão em flagrante (porque se esclarece que houve um mal-entendido nas suspeitas, o autor é incerto, ou porque não foi encontrado no local) essa situação de violação de domicílio após o flagrante delito usualmente não será objeto de qualquer controle imediato nem pelo Ministério Público nem pelo juiz, pois eles apenas irão receber os autos do inquérito após o término do prazo de sua conclusão, em regra de 30 dias. Isso, por si só, seria já uma séria ausência de controle sobre essa diligência de violação de domicílio, mas ela fica ainda mais grave quando se constata, em termos práticos, que muitas vezes a Polícia decide (de forma ilegal) não instaurar o

⁴⁰⁵ TEDH, *Ravon e outros vs. França*, 21 fev. 2008. Nesse caso, o TEDH considerou insuficiente a proteção dada pela legislação francesa para o caso de buscas realizadas em sedes de pessoas jurídicas em investigação por delitos de fraude tributária (art. L. 16 B, do livro de procedimentos fiscais). A legislação francesa, nessa situação, não disciplinava uma série de direitos da pessoa abordada pela diligência, pois não explicita o direito do interessado de acompanhar a diligência (prevê apenas a necessidade de duas pessoas terceiras a acompanharem), não prevê a necessidade de ser comunicado ao abordado os seus direitos, não prevê seu direito de ter acesso no exterior durante a realização da diligência, e, o mais sério, não previa a possibilidade de se impugnar alguma irregularidade da diligência perante o juiz que a autorizou, admitindo apenas recurso ao tribunal de apelação, o que pressuporia que as diligências continuassem até o processamento do recurso, impedindo-se a impugnação imediata de uma irregularidade na diligência. Esse conjunto de falhas levou o TEDH a considerar que não havia suficiente proteção à inviolabilidade do domicílio e ao direito ao acesso a um tribunal. Fica implícita na decisão que o juiz que expede um mandado deve efetivamente exercer a fiscalização da diligência que ele autoriza (ver, especialmente, itens 27-35 da decisão).

inquérito no dia da sua comunicação (e no dia em que a Polícia pratica todas essas diligências restritivas de direitos fundamentais), ficando ao alvedrio da própria Polícia estabelecer o *dies a quo* do prazo de conclusão do inquérito para que o Ministério Público e o juiz possam fiscalizar a legalidade de suas diligências. Nessa situação de atuação putativa, deveria haver uma comunicação imediata da realização de uma violação de domicílio, no prazo de 24 horas, por analogia ao prazo da prisão em flagrante, de forma a permitir o imediato controle da violação de um domicílio. E posteriormente, com a remessa dos autos do inquérito no prazo legal, seria feita a análise da viabilidade da investigação. São duas análises distintas: fiscalização da legalidade de uma violação domiciliar e formação da *opinio delicti*; a primeira deve ser imediata, e segunda deve ser feita no prazo de remessa dos autos do inquérito⁴⁰⁶.

O problema da ausência de controle também está presente no cumprimento de mandados de prisão, caso se entenda que esse mandado já encerra em si a autorização para realizar a violação do domicílio no qual o sujeito se encontra. Pela legislação atual ocorrerá tão somente a comunicação ao juiz e ao Ministério Público se houver a efetivação da prisão, mas sem qualquer relatório sobre a forma de realização da prisão, se houve ou não uma violação domiciliar para sua realização e as circunstâncias em que foi realizada. Se houver uma prisão, faltarão o controle sobre as circunstâncias de uma eventual violação domiciliar. Portanto, deve-se exigir que sempre no relatório de cumprimento de mandados de prisão, se para seu cumprimento houver necessidade de realização de uma violação domiciliar, que haja o relato das circunstâncias nas quais a violação domiciliar foi realizada, para ser permitida a efetiva fiscalização da legalidade da restrição desse direito fundamental.

Se não houver a prisão, na hipótese de a Polícia ter suspeitado que o sujeito estava numa casa, mas após realizar a busca no local não localizou o sujeito (uma situação de atuação putativa), a situação será mais grave ainda, pois sequer haverá a comunicação da realização dessa diligência, para controlar se a suspeita foi razoavelmente legítima e se não ocorreu qualquer desvio na diligência. Portanto, deve-se exigir, sempre que a Polícia realize uma violação domiciliar para realizar a captura de um foragido que se supunha estar no local, e que posteriormente se constata que não estava, que seja realizado um relatório da diligência e

⁴⁰⁶ Em Portugal, a violação de domicílio realizada com fundamento no consentimento do morador não necessita de posterior convalidação judicial, mas necessita obrigatoriamente de controle posterior pelo Ministério Público; ver VVAA, 2009:460.

encaminhado ao juiz e ao Ministério Público, para fiscalização *a posteriori* da legalidade da diligência restritiva de direitos fundamentais. Isso porque, se a Polícia supunha que o foragido estava no local, ou ainda supunha que havia ocorrido uma situação de flagrante delito, e ingressa no domicílio sem o consentimento do morador, há necessidade do titular da ação penal e o responsável pelo controle externo da atividade policial avaliar se o erro no qual incidiu o policial foi justificado ou injustificado (ou seja, se foi um erro grosseiro). Apenas na hipótese de erro grosseiro é que se pode cogitar de responsabilização do policial por invasão de domicílio, já que na hipótese de erro injustificado ordinário o agente responderá pelo delito na modalidade culposa e não existe essa modalidade para o crime de invasão de domicílio⁴⁰⁷.

Portanto, uma solução desse problema deve ser uma interpretação sistemática daquilo que determina o art. 245, § 7º, e art. 247, do CPP, no sentido de que após a realização da diligência deve ser elaborado um relatório, e que mesmo quando não é encontrada a coisa procurada deve-se informar o morador dos motivos da diligência⁴⁰⁸. Esses dispositivos exigem que sempre que a Polícia realizar uma violação domiciliar deverá haver a elaboração de um relatório da diligência, e é necessário que tal relatório circunstanciado seja imediatamente (no prazo de 24 horas) comunicado tanto ao juiz quanto ao Ministério Público, para o controle de sua legalidade. Esses dispositivos devem ser objeto de uma interpretação conforme a Constituição, em seu conjunto de valores, entre os quais seu sistema de garantias processuais penais, a natureza do direito à inviolabilidade domiciliar, a garantia do devido processo legal (processo justo, equitativo, um processo com as garantias suficientes contra eventuais arbitrariedades), a reserva de jurisdição para a restrição de direitos fundamentais, e a necessidade de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.

Deve-se relembrar que se trata de uma diligência restritiva de direitos fundamentais, a qual em regra exigiria uma prévia autorização judicial para sua realização, e, apenas em razão da urgência da intervenção imediata é que se permitiu à Polícia agir sem a

⁴⁰⁷ Especificamente sobre essa temática do erro injustificado de policial para invasão domiciliar, ver R. Greco, 2012:213. A questão ainda poderia ser solucionada na esfera disciplinar, se houvesse realmente uma preocupação em se evitar os erros injustificados. Na Itália, caso a Polícia realize a busca domiciliária de iniciativa própria fora das situações que efetivamente legitimam sua ação, poderá ocorrer ação disciplinar sobre o policial (art. 16 das Normas de Atuação do CPP), ou ainda ocorrer os crimes de busca arbitrária (art. 609, CP), ou de violência privada e violação de domicílio (art. 610, 614 e 615 do CP italiano); ver D'Ambrosio e Vigna, 2003:211; Lupária, 2009:217.

necessidade da prévia autorização judicial, mas não se abdica de um controle. Está implícito no sistema de proteção aos direitos fundamentais que toda restrição a direitos fundamentais no processo penal pela Polícia deve ser controlada por um juiz e pelo Ministério Público, via de regra *ab anteriori* e em situações de urgência *a posteriori*⁴⁰⁹. As situações de urgência são intervenções provisórias e excepcionais, pois limitadas a situações residuais pré-determinadas e porque possuem um prazo de execução temporalmente limitado e sujeitas à posterior convalidação da autoridade judiciária. A fiscalização *a posteriori* deve ser minimamente efetiva para poder constatar as eventuais irregularidades e corrigi-las, de sorte que uma comunicação vários dias (ou meses) após a prática da diligência não supre essa necessidade: é essencial uma comunicação imediata para garantir a efetividade do sistema de controle da atividade policial.

Também a regra constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público impõe o controle da legalidade dos atos policiais pelo Ministério Público (LC n. 75/1993, art. 3º, “a” e “c”). Essa regra já existe formalizada para a obrigação de comunicação das prisões em flagrante. Esse conjunto de disposições constitucionais deve condicionar a interpretação das referidas normas do CPP para se exigir também a comunicação ao Ministério Público das demais violações de domicílio que atualmente não geram formalização. Essa regra, extraída dos princípios constitucionais, deve ter primazia sobre a lacuna da legislação ordinária, ou seja, possui efetivamente força normativa.

Ademais, há uma especial necessidade de garantias para a realização da busca domiciliar, pois na maioria das situações o resultado da diligência não poderá ser repetido em juízo, de sorte que ela acaba traduzindo-se numa prova irrepetível, e seus efeitos acabam por transcender a investigação e muitas vezes adentram o processo como prova em sentido estrito, especialmente quando os policiais comparecem em juízo para confirmar as informações obtidas na diligência. Assim, além de constituir uma garantia contra abusos, há uma necessidade de controle imediato da eficiência da atuação policial, o que justifica a necessária comunicação imediata da diligência ao Ministério Público (LC n. 75/1993, art. 3º, “d”).

⁴⁰⁸ Nesse sentido, entendendo que mesmo a busca sem prévia autorização judicial necessita de redação de posterior auto da diligência, ver Tourinho, 2010(v.3):416.

⁴⁰⁹ Argumentando que a autorização para a Polícia realizar buscas domiciliárias em casos de flagrante delito ou de investigado evadido é uma presunção legal de urgência, a justificar a relativização da regra geral de reserva de jurisdição: Lupária, 2009:214.

Em Portugal, estabelecem os art. 249.3 e art. 253 do CPP, bem como a Lei n. 37/2008 (Lei Orgânica da PJ), art. 12.2, que sempre após a realização de uma providência cautelar quanto aos meios de prova, deve-se elaborar um relatório da diligência para comunicação ao órgão constitucional de controle da atividade policial, o Ministério Público. Conforme Albuquerque, “se o Ministério Público não proceder a este controlo, o visado e a defesa ficam desprovidos do conteúdo mínimo das ditas garantais constitucionais”⁴¹⁰.

Na Itália, todas as hipóteses de realização de busca domiciliária sem mandado devem ser posteriormente comunicadas ao Ministério Público, sem retardo e no prazo máximo de 48 horas, para que este realize a convalidação da diligência (art. 352.4 do CPP e art. 14 da Constituição italiana).

Na Espanha, consta do art. 553.2 da LECrim, que, após a diligência, será encaminhado um relatório da mesma ao juiz de instrução, com os motivos da diligência, os resultados obtidos e a menção às detenções eventualmente realizadas, as pessoas que intervieram na diligência e as eventuais intercorrências. Esse relatório não é feito para mera ciência, mas deve haver uma decisão do juiz convalidando a diligência, de sorte que nessas situações mais extremas de urgência da intervenção policial admite-se que haja uma “modulação” do momento da intervenção judicial, sendo posterior à situação urgente que justifica uma ação imediata da Polícia, mas ainda assim sendo uma verdadeira decisão de controle⁴¹¹. No mesmo sentido, o art. 21.4 da LO 1/1992 estabelece uma regra geral de que, sempre que as forças policiais realizarem uma violação domiciliar sem prévia autorização judicial, deverá haver a final da diligência uma comunicação “sem dilação” da ata da diligência à autoridade judicial quanto à realização da diligência, para o respectivo controle.

Na França, após a apreensão pela Polícia, os objetos devem ser imediatamente colocados à disposição do Ministério Público, que avaliará a pertinência da manutenção de sua apreensão (art. 19 do CPP francês).

⁴¹⁰ Albuquerque, 2009:484.

⁴¹¹ Cabezudo Bajo, 2004:56. Ressaltando que o juiz pode convalidar ou não a diligência, tratando-se, portanto, de uma decisão: SSTC 25/1981 e 199/1987.

4.8.6 Garantias procedimentais de controle da busca domiciliária

A lei fala em executores da busca domiciliária (CPP, art. 245, *caput*). Entendemos que razão assiste a Tourinho Filho ao argumentar que o correto seria existir mais de um policial a executar a diligência⁴¹². Há implícita uma exigência de controle recíproco entre os policiais para a não ocorrência de abusos e para a própria fidedignidade da prova.

Antes do ingresso há obrigação de os policiais informarem ao morador o motivo da realização da diligência, lendo-lhe o mandado, se houver (CPP, art. 245, *caput*). O mais correto seria a autoridade policial entregar uma cópia do mandado ao morador, para dar-lhe plena certeza da legalidade da ação policial e permitir-lhe eventual questionamento posterior⁴¹³. Entendemos que se a diligência é feita sem autorização judicial, na hipótese de flagrante delito, a Polícia deveria informar o cidadão que há uma fundada suspeita de flagrante delito e que se ele não abrir a porta haverá o iminente arrombamento; essa regra se depreende da parte não revogada do art. 245, § 1º, do CPP.

O uso da força apenas será admissível em caso de efetiva necessidade, dando-se prioridade para o convencimento para a colaboração com a diligência que não se confunde com consentimento, pois a diligência ainda assim será coativa, ante a iminência do uso da força. Assim, deve-se intimar o morador para que abra a porta (art. 245, *caput*, do CPP) e para que mostre a coisa procurada (art. 245, § 5º). Por outro lado, para a eficiência dessas diligências, elas devem ser realizadas necessariamente como um ato surpresa, pois, em regra, teriam sua produtividade seriamente reduzida se a pessoa suspeita fosse previamente avisada da realização da diligência⁴¹⁴. Portanto, o dever de informação prévia pode ser relativizado, em situações excepcionais, pelo risco concreto de ineficiência diante do prévio aviso. De qualquer forma, a busca deve ser realizada de forma a minimizar ao máximo os transtornos inerentes a tal diligência (art. 248).

Se o morador não se encontra presente e é necessário o uso da força, a diligência deve ser acompanhada por um vizinho, se houver e estiver presente (art. 245, § 4º).

⁴¹² Tourinho Filho, 2010(v.3):416. Contra: Nucci, 2008:535.

⁴¹³ Nesse sentido: Tourinho Filho, 2010(v.3):419. Essa é a regra na Itália: art. 246.1 e art. 250.1 do CPP italiano.

⁴¹⁴ Chiavario, 2009:342. Para uma visão geral de aspectos táticos da realização de buscas, ver Braz, 2009:168-173.

Trata-se de uma norma de controle da atividade policial, determinando a lei que exista uma testemunha da diligência, para se evitar abusos e para assegurar-se a lisura da prova.

Além da presença do vizinho em caso de ausência do morador, também é necessária a presença, em todos os casos, de duas testemunhas que tenham acompanhado a diligência (art. 245, § 7º).

Apesar de o CPP brasileiro não ser claro, entendemos que o morador possui o direito de acompanhar a realização da busca domiciliar. Essa é uma interpretação a contrário senso do art. 245, § 4º, do CPP, pois se o morador não está presente é necessário que um vizinho acompanhe a realização da diligência como testemunha, então quando o morador está presente ele possui o direito de ele mesmo testemunhar a realização da busca. Tanto o direito de participação do próprio morador, quanto à necessidade de um vizinho ou das testemunhas, são garantias de controle da diligência policial. O direito de participação do morador, quando ele é o investigado, também se reveste de feições de aplicação antecipada do direito de contraditório, na perspectiva do direito de ciência e de participação na diligência, se assim o quiser, ou seja, uma garantia contra uma investigação “kafkaniana”. Especialmente, se o advogado do investigado comparecer ao local da realização da busca, não poderá ser impedido de acompanhá-la, desde que sua presença não configure um risco à segurança da diligência. Diversos países prevêem expressamente o direito de o morador acompanhar a realização da busca domiciliar e de eventualmente chamar pessoa de sua confiança que se apresente prontamente para acompanhar a realização da diligência, como uma garantia individual de fiscalização contra abusos e também como um direito de participação na atividade investigativa⁴¹⁵. Alguns prevêem, inclusive, regras

⁴¹⁵ Nesse sentido, o art. 176.1 do CPP português estabelece que o morador “pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga”. Em sentido semelhante o art. 356 do CPP italiano prevê o direito de o investigado chamar seu advogado para acompanhar a busca domiciliária, bem como o interessado possui o direito a, antes da realização da busca local, pedir que acompanhe o ato uma pessoa de sua confiança, desde que essa pessoa compareça prontamente e seja idônea, devendo ser previamente informada pela Polícia da possibilidade de exercer esse direito (art. 245.1). Quanto ao procedimento dessa intervenção, Chiavario, 2009:411, esclarece: “após ser realizado com contato inicial entre o responsável pela realização da busca e a pessoa ou o local que constitui objeto da busca, deve ser dado um aviso ao defensor, anda que com meio rápido de comunicação, após o que deverá ser concedido um tempo de espera, durante o qual se limitará a assegurar que nada seja alterado do que possa ser relevante para o bom êxito da operação”. Na Espanha, o morador possui o direito de acompanhar a diligência (LECrim, art. 569), e na inspeção de local de crime, o advogado do investigado possui o direito de acompanhar a realização da diligência, caso compareça espontaneamente (LECrim, art. 319 e STS 270/1999). No caso de investigado preso, a jurisprudência entende que é obrigatória sua presença na diligência, sob pena de nulidade (STS 27 nov. 1995, *apud* Álvarez Rodríguez e Ríos Diego, 2009:89), podendo ser dispensada em casos de força maior (STS 15 fev. 1997 e STS 19 jun. 1999). Na

específicas de participação obrigatória de fiscais no cumprimento de mandados judiciais de busca domiciliar⁴¹⁶.

No curso da diligência é possível a realização de revistas pessoais nas pessoas que se encontram no local, caso haja suspeita de que ocultam em seu corpo os objetos procurados (CPP, art. 244, *in fine*). Se a busca é feita por suspeita de flagrante delito, parece lógico que haja uma restrição momentânea da liberdade das pessoas que se encontram no interior do domicílio até que se confirme ou refute a suspeita de flagrante delito e se esclareça sua autoria. Todavia, tal ordem e suas circunstâncias devem estar minuciosamente descritas na ata da diligência⁴¹⁷.

O CPP brasileiro não regulamenta a interdição de local de prática de crime para a manutenção do estado das coisas, por conveniência da investigação criminal. Outros países regulamentam essa prática, com os respectivos mecanismos de controle⁴¹⁸. Parece ser intuitivo que a interdição do local por algumas horas para a realização da perícia de local está dentro do poder geral de polícia, mesmo porque se trata de uma situação urgente. Todavia, se a necessidade de interdição do local superar essa urgência imediata, cremos que o adequado seria submeter a necessidade de manutenção da interdição a uma posterior convalidação judicial, pois nessa segunda hipótese já haverá direitos fundamentais relevantes em jogo e não se estará diante da urgência necessária a relativizar a reserva de jurisdição.

No caso de buscas em escritórios de advocacia, é necessário que sua realização seja acompanhada por representante da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo ainda vedada a

França, ver art. 57 e 96 do CPP francês, inclusive com a regra de que se o investigado está preso, deve ser conduzido ao local para acompanhar pessoalmente a busca, sob pena de nulidade, exceto se for inviável sua participação e houver autorização judicial para a dispensa; ver art. 706-94 do CPP francês; França, Corte de Cassação, Criminal, 5 mar. 1998, *apud* Guinchard e Buisson, 2009:549. Na Alemanha, caso o proprietário do local ou o morador esteja presente, ele possui o direito de acompanhar a realização da diligência; caso não esteja, a Polícia deverá chamar, se possível, um representante, um parente, outro morador ou um vizinho para acompanhar a diligência (StPO, § 106.1).

⁴¹⁶ Na Espanha, o prevê o art. 569.4 da LECrim que a diligência de busca domiciliária deverá sempre ser acompanhada pelo secretário do Juizado de Instrução, admitindo-se a participação de seu substituto legal em caso de impossibilidade. Antes da reforma de 1992 entendia-se que a presença do secretário era essencial à fiscalização da legalidade, sob pena de nulidade (STS 12 nov. 1991), todavia atualmente entende-se que sua ausência gera mera irregularidade (ATC 349/1998). Ver Oliva Santos *et al.*, 2007:375; Álvarez Rodríguez e Rius Diego, 2009:91-96. Na Alemanha, no caso de buscas realizadas por iniciativa própria da Polícia, é necessário que a Polícia convide, se possível, um “oficial municipal” ou duas pessoas da comunidade para acompanhar a realização da diligência, sendo regra que tais pessoas não podem ser policiais ou oficiais do Ministério Público (StPO, § 105.2).

⁴¹⁷ Sobre esse controle específico, ver o art. 246.2 do CPP italiano.

⁴¹⁸ Ver o art. 354 do CPP italiano.

utilização de documentos pertencentes a clientes do advogado (Lei n.8.906/1994 , art. 7º, § 6º, com a redação dada pela Lei n. 11.767/2008). Essas regras são previstas com a finalidade de assegurar um elemento adicional de fiscalização da diligência policial, já que estão em jogo interesses delicados relativos à inviolabilidade do direito de defesa (e, portanto, das informações que o investigado ou réu repassou a seu advogado), excetuando-se, claro, as situações em que o próprio advogado está sendo investigado por crime próprio, ou quando o réu repassou-lhe objetos ou documentos que constituem o corpo de delito⁴¹⁹.

Ao término da diligência, o morador possui o direito de questionar os executores sobre os motivos da diligência (CPP, art. 247). Se a busca foi precedida de mandado judicial, normalmente esses motivos já estarão explicitados no mandado, de sorte que caberia tão somente algum esclarecimento adicional ao morador. A grande utilidade da norma é para as situações de flagrante delito, em que existe um verdadeiro direito do cidadão de compreender as razões da restrição de seu direito fundamental pela intervenção policial. Esse dever de comunicação deriva do princípio constitucional da transparência da atuação policial e de respeito à dignidade do morador⁴²⁰. Como já defendemos acima, ao término da diligência deve ser elaborado um relatório e o cidadão possui o direito de ter acesso a esse relatório, se assim o solicitar⁴²¹.

⁴¹⁹ Como lembra Chiavario, 2009:346, o TEDH admite a realização de buscas em escritórios de advocacia, desde que se respeite o direito de sigilo na relação profissional entre advogado e cliente, bem como desde que seja proporcionada a realização da diligência com os fins perseguidos (fora dos casos de corpo de delito, não se admite a apreensão de outros documentos ordinários que o réu repassou a seu advogado). Ver TEDH, caso *André vs. França*, j. 25 jul. 2008, quando à inadmissibilidade de apreensão em escritório de advocacia de documentos que, sem deixarem transparecer qualquer envolvimento em ilícitos penais, relacionavam-se à situação fiscal do cliente. Na Itália e França, nesses casos, a presença do magistrado acompanhando pessoalmente a diligência é obrigatória: art. 103.4 do CPP italiano e art. 56-1 do CPP francês. Na França, caso o representante da ordem oponha-se à apreensão de algum objeto ou documento, ele poderá apresentar uma exceção à apreensão (*référé-bâtonnier*), a qual será julgada pelo juiz das liberdades: Guinchard e Buisson, 2009:556. Costumam haver regras semelhantes de presença obrigatório do magistrado e um membro do conselho profissional para apreensões em empresas jornalísticas, consultórios médicos, cartórios, residência de procuradores e locais cobertos por segredo de defesa nacional (v. art. 56-2 a 56-4 do CPP francês).

⁴²⁰ Tourinho, 2010v.3):419, argumenta que são os executores quem devem prestar essas informações. Já Nucci, 2008:540, argumenta que tal questionamento deveria ser endereçado ao juiz. Entendemos que razão assiste a Tourinho Filho, especialmente quando a diligência é realizada sem mandado (em flagrante delito). Tornaghi, 1990:467, afirma que na busca sem mandado, a autoridade policial informa no início sobre o objeto da diligência (art. 245, § 1º) e no final esclarece os seus motivos (art. 247). Walker, 2005:157, defende que caso um policial realize uma busca domiciliar por equívoco, deve haver uma obrigação de prontamente pedir desculpas ao morador pelos inconvenientes, como concretização do dever de respeito à dignidade do morador.

⁴²¹ Na Itália, o relatório da busca domiciliária deve ser depositado na secretaria do Ministério Público no prazo de três dias (regra geral) ou 30 dias (mediante despacho do Ministério Público no interesse da investigação), cf. art.

4.8.7 Apreensão e seu controle

A busca e a apreensão são diligências distintas. É possível haver busca sem ocorrer apreensão (caso o objeto procurado não seja encontrado) e é possível ocorrer apreensão sem busca (caso a Polícia simplesmente encontre o objeto ao acaso, sem procurá-lo, ou ainda caso lhe seja espontaneamente apresentado o objeto). Assim, caso não se esteja diante de uma situação protegida pela inviolabilidade do domicílio, se a Polícia depara-se com a prática criminosa e já localiza provas, é perfeitamente possível sua apreensão, mesmo antes da instauração do inquérito policial⁴²². Todavia, o poder de apreensão no interior do domicílio pressupõe sempre a licitude da busca domiciliar, a qual exigirá consentimento do morador ou prévio mandado judicial, no caso de busca domiciliar fora da situação de flagrante delito⁴²³.

A apreensão constitui, portanto, uma atividade de subtração da disponibilidade da coisa em relação a uma pessoa que tenha um legítimo direito ou interesse sobre a mesma⁴²⁴. Trata-se de uma diligência que possui relevância na perspectiva jus fundamental, já que constitui uma restrição ao direito de propriedade, praticada por ato unilateral de autoridade pública no curso de uma investigação criminal e que, portanto, merece ser reconduzida ao quadro das garantias inerentes ao processo penal. A doutrina sempre caracterizou a apreensão de objetos como um ato de *coertio* inerente às funções policiais⁴²⁵.

366.1 do CPP italiano, e o defensor possui o direito de ter cópia dessa ata. Na Espanha, ao final da diligência, se não houver sido localizado nenhum objeto relevante, se a parte interessada o solicitar ser-lhe-á expedida uma certificação da ata da diligência (LECrim, art. 569.6) e, de qualquer sorte, deve sempre ser elaborado um relatório com indicação nome do juiz ou seu delegado que praticou a diligência, as pessoas que dela participaram, os incidentes que ocorreram, hora de início e término, a ordem de realização das buscas, e os resultados obtidos (LECrim, art. 572). Sobre o direito do morador à ata da diligência, na Alemanha, ver StPO, § 107. Na França, a ata da diligência deve ser lavrada no local da realização da busca, imediatamente após sua realização (art. 57.3 c/c art. 66 do CPP francês).

⁴²² Em situação em que policiais depararam-se com flagrante da prática do crime de lavagem de dinheiro e contrabando, tendo verificado que os autores estavam na posse de *notebook*, feito a apreensão do computador e realizado a posterior perícia para análise de dados, a qual forneceu provas do crime, tudo sem ordem judicial, o STJ convalidou a diligência. Entendeu-se que a situação não envolvia a proteção domiciliar e a autoridade policial tem o poder para, de ofício, realizar a apreensão. Ver: STJ, 5ª T., HC 101.668/PE, rel. Min. Felix Fischer, j. 19 ago. 2008, DJe 20 out. 2008.

⁴²³ Duclerc, 2009:102. Em verdade, esse tema se liga à problemática das provas ilícitas por derivação, e que estão ligadas às respectivas exceções tradicionais de descoberta inevitável, fontes independentes, conexão causal diluída e boa fé: sobre o tema ver Ávila, 2007:194-6.

⁴²⁴ Chiavario, 2009:346.

⁴²⁵ J.F. Marques, 2009(v.2):130.

É possível distinguir três níveis de realização da apreensão: a apreensão material, a apreensão jurídica, o controle da apreensão jurídica⁴²⁶. Assim, se quando da realização de uma revista pessoal, por um agente de polícia civil ou por um policial militar, este realizará a apreensão material do objeto para ser apresentado ao delegado de polícia. No Brasil, o delegado de polícia determina a apreensão de objetos de interesse para a investigação criminal nos termos do art. 6º, II, do CPP e o controle da legalidade dessa diligência será feito pelo Ministério Público, quando da remessa dos autos, no exercício de sua atribuição de controle externo da atividade policial.

Há parcial distinção entre o art. 6º, II e o art. 245, § 6º, ambos do CPP: o primeiro afirma que é atribuição do delegado de polícia, logo que tiver conhecimento da infração penal, apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; enquanto o segundo afirma que, se no curso de uma busca domiciliar for descoberta a coisa ou pessoa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes. O primeiro dispositivo indica que a apreensão é realizada pelo delegado de polícia, enquanto o segundo dispositivo indica que a apreensão é imediatamente realizada pelo policial que localizar a coisa, sendo posteriormente a coisa colocada sob custódia da autoridade (sem, aliás, indicar se essa autoridade será a judiciária ou a policial, mas estando implícito que, na fase das investigações, o responsável pela custódia seria a autoridade policial)⁴²⁷. Essa parcial divergência deve ser interpretada no sentido de que a apreensão referida no art. 245, § 6º, do CPP, é uma mera apreensão material do objeto, e que sua apreensão jurídica fica condicionada a um despacho da autoridade policial, que irá formalizar juridicamente sua custódia.

O sistema brasileiro possui uma série de deficiências na regulamentação legal do procedimento das apreensões. Não há previsão de quem são as autoridades que podem realizar apreensões materiais. Diante da lacuna, a prática acabou por atribuir a todos os policiais militares

⁴²⁶ Sobre a distinção entre apreensão material e apreensão jurídica, ver Guinchard e Buisson, 2009:550.

⁴²⁷ O art. 245, §.6º não indica perante qual autoridade o objeto apreendido será apresentado pois, na época da redação original do CPP, tanto a autoridade policial quanto a autoridade judiciária poderiam determinar a realização da busca domiciliária (ver reminiscência desse sistema ainda a persistir na redação art. 241 do CPP, obviamente não recepcionado pela CRFB/1988). Portanto, nesse sistema original, se a autoridade policial ordenasse a realização da busca, na fase das investigações, o objeto apreendido pelo policial que a realizasse deveria ser apresentado à autoridade policial para custodiá-lo, ao contrário, se fosse a autoridade judicial a determinar a realização da busca, obviamente já na fase judicial, o objeto apreendido deveria ser apresentado ao juiz para custodiá-lo. Em outras palavras, na fase das investigações o objeto fica custodiado pela autoridade policial e na fase judicial pela autoridade judicial.

e agentes de polícia civil a atribuição de apreender materialmente objetos, em situação de flagrante delito. Talvez fosse conveniente uma limitação dessa atribuição às autoridades mais elevadas no âmbito da diligência policial (oficiais de polícia militar, ou o chefe de missão dos agentes de polícia civil). Também falta a previsão de uma limitação temporal entre a apreensão fática pelos agentes da autoridade e a apreensão jurídica pela autoridade policial, a qual deveria ter uma relação de imediatidade (uma convalidação verbal imediata, seguida da formalização do auto em algumas horas).

O CPP não menciona expressamente a existência de um auto de apreensão, mas a praxe o consagrou. Apesar de o art. 6º, II, do CPP, apenas estabelecer que cabe à autoridade policial realizar a apreensão dos objetos que tiverem relação com o crime, está implícito na disposição que deve ocorrer uma apreensão formal, mediante a lavratura de um termo de apreensão, entregando-se cópia mediante recibo desse termo à pessoa que tinha a detenção do objeto. Há que se aplicar por analogia o art. 245, § 7º, do CPP, que prevê a necessidade de lavratura de um auto circunstanciado no caso de buscas domiciliárias, que abrangem também a documentação da apreensão dos objetos encontrados. Nesse auto deverá haver a documentação da forma como ocorreu a apreensão, ou seja, quem localizou o objeto, onde, porque se entendeu que ele teria relação com a prova do crime e quem foi a autoridade que ordenou sua apreensão formal.

O art. 247 estabelece que, “não sendo encontrada a pessoa ou coisa procurada, os motivos da diligência serão comunicados a quem tiver sofrido a busca, se o requerer”. Se mesmo quando a diligência resta infrutífera o abordado possui o direito de receber a notificação da diligência, com muito mais razão o terá quando ela restar frutífera, com a apreensão de algum objeto. Em nossa visão, se há apreensão de objetos, a comunicação à pessoa que teve seu direito restringido é obrigatória, pois a apreensão é uma inegável restrição dos direitos do cidadão. Inclusive, para se viabilizar pelo interessado eventual impugnação da apreensão, mediante incidente de restituição de coisas apreendidas (CPP, arts. 118 a 124).

Atualmente, se um agente de polícia ou policial militar realizar uma apreensão material de um objeto e posteriormente o delegado de polícia decidir não realizar a apreensão jurídica do mesmo, a situação ficará sem qualquer documentação (nem da apreensão nem da sua restituição), pois não haverá lavratura do auto de apreensão e, portanto, não haverá qualquer

controle pelo Ministério Público quanto ao eventual excesso praticado no âmbito dessa diligência. Nessa situação, deve-se obrigatoriamente fazer constar tais circunstâncias da ata da diligência, com o direito ao interessado de obter uma cópia, e obrigatoriedade de posteriormente tal ata ser submetida ao controle pelo Ministério Público.

Sobre o procedimento *in loco* para a apreensão de objetos, Decocq *et al.* indicam as seguintes etapas a serem observadas pelos policiais⁴²⁸:

(1) apresentar o objeto à pessoa titular do domicílio no qual a busca é realizada (ou a seu representante, ou às testemunhas requisitadas); (2) interpelar essa pessoa sobre a origem e/ou o uso desse objeto; (3) fazer constar, na ata da diligência, entre aspas, a resposta à interpelação; (4) informar o proprietário sobre a apreensão do objeto e mencionar na ata da diligência a natureza, o conteúdo e o número de cada um dos selos já colocados no local da busca.

Há precedente do STF exigindo que, na expedição do mandado de busca e apreensão domiciliar, haja análise concreta da inviabilidade de outros meios menos gravosos para obtenção da prova, bem como a indicação concreta de quais objetos a Polícia poderá apreender⁴²⁹. Obviamente, essa disposição deve ser perspectiva como a obrigatoriedade de indicação dos prováveis objetos que a Polícia pretende encontrar no interior da residência, bem como temperada com possibilidade de, mesmo não antevendo a possibilidade de apreensão de um determinado objeto, ele ser encontrado e claramente indicar sua aptidão probatória (v.g., a Polícia encontrar uma camisa ensanguentada no interior da residência). Nessas situações, diante da impossibilidade da ponderação antecipada da possível restrição do direito fundamental, deveria ser concedida à Polícia a possibilidade de apreender cautelarmente o objeto e apresentá-lo imediatamente ao Ministério Público, para que se providencie um requerimento judicial de autorização da apreensão do objeto (ou melhor, da convalidação da apreensão cautelar do objeto pela Polícia). Todavia, para isso ser efetivo, dever-se-ia criar um sistema que permitisse que todos os objetos apreendidos pela Polícia fossem sempre submetidos a um procedimento de controle posterior pelo juiz (para legitimar-se a apreensão fora do quadro inicial da sua autorização) e pelo Ministério Público (órgão constitucionalmente encarregado do controle externo da atividade policial).

⁴²⁸ Decocq *et al.*, 1998:712.

⁴²⁹ STF, HC 95009, rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. 6 nov. 2008, DJe-241 18 dez. 2008, RTJ 208-02:640 (caso Daniel Dantas).

Usualmente, o controle da apreensão pelo Ministério Público apenas será realizado quando da remessa dos autos do inquérito após o respectivo prazo de conclusão, ficando a diligência sem qualquer fiscalização durante o interregno de sua realização e da remessa dos autos ao Ministério Público. Convém alterar-se esse sistema para um acompanhamento imediato pelo Ministério Público de tal diligência policial altamente restritiva de direitos fundamentais.

Em Portugal, o art. 178 do CPP português estabelece que em regra as apreensões deveriam ser precedidas de despacho da autoridade judiciária (§ 3º), mas o parágrafo 4º estabelece que “os órgãos de polícia criminal podem efetuar apreensões no decurso de revistas ou buscas ou quando haja urgência ou perigo na demora [...]” e o parágrafo 5º complementa que “as apreensões efetuadas por órgão de polícia criminal são sujeitas a validação pela autoridade judiciária, no prazo máximo de setenta e duas horas”. Entende-se por autoridade judiciária o Ministério Público na fase do inquérito ou o juiz de instrução na fase de instrução. Na Itália, entende-se que a apreensão é uma restrição a direitos fundamentais do investigado ou de terceiros (art. 13 e 14 da Constituição Italiana) e que, portanto, é necessário o controle imediato dessa diligência feita pela Polícia por uma autoridade judiciária (juiz ou Ministério Público). Assim, é possível a realização direta pela Polícia da apreensão no caso de perigo de alteração, dispersão ou modificação do objeto ou da situação, mediante ordem do oficial de polícia (art. 354.2), todavia uma cópia da ata de apreensão é dada ao proprietário das coisas sequestradas bem como é encaminhada ao Ministério Público para a respectiva convalidação, no prazo de 48 horas, sendo que se o Ministério Público não se manifestar nesse prazo de convalidação, haverá a perda de eficácia da apreensão. Após a convalidação, outra cópia da decisão de convalidação é encaminhada ao proprietário dos bens apreendidos (art. 355.2 do CPP italiano)⁴³⁰. Na Espanha todas as diligências policiais devem ser comunicadas ao juiz de instrução e ao Ministério Público no prazo de 24 horas (LECrim, art. 295). Na França, após a apreensão pela Polícia, os objetos devem ser imediatamente colocados à disposição do Ministério Público, que avaliará a pertinência da manutenção de sua apreensão (art. 19 do CPP francês). Na França, há recomendação expressa de que as apreensões deveriam contar com o prévio acordo do Ministério Público na *enquête préliminaire* (art. 56.7 do CPP), o que usualmente é dado no âmbito do *traitement en temps réel* (contatos telefônicos entre Ministério Público e Polícia). Na Alemanha,

ou o proprietário assina um termo de concordância com a apreensão, ou o policial apreende cautelarmente e informa o Ministério Público para que se providencie uma autorização judicial para a apreensão (StPO, § 98.2).

No Brasil, mesmo na ausência de tal sistema ideal de comunicação imediata, atualmente, ao receber os autos do inquérito policial, entendemos ser obrigação do Ministério Público manifestar-se explicitamente sobre a apreensão realizada pela Polícia, afirmando sua legalidade, pertinência, e a necessidade de sua manutenção. Essa é sua função como fiscal constante da atividade policial, para a correção das eventuais ilegalidades (LC n. 75/1993, art. 3º, “c”, 2ª figura). Tanto que uma eventual apreensão arbitrária configurará crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/1965, art. 4º, “h”, 2ª figura). Essa conclusão pode ser retirada da obrigação de lavrar auto de todas as buscas, mesmo as de iniciativa policial *ex officio*, cf. CPP, art. 245, § 7º, com a obrigação de posterior remessa do auto ao juiz e ao Ministério Público.

O problema da ausência de controle se agrava especialmente caso não haja a instauração imediata de inquérito policial após a realização da apreensão do objeto, pois nessa situação (obviamente em desacordo com os ditames legais) ficaria ao alvedrio da autoridade policial estabelecer o *dies a quo* do início do processo de controle de sua própria atividade. Em verdade, a realização de uma apreensão jurídica pela autoridade policial sempre deverá exigir a formalização dessa apreensão com a efetiva instauração de um procedimento de investigação criminal (e não mera averiguação preliminar), além do relatório imediato da diligência no caso de violação de domicílio. Ainda que existam controvérsias sobre os limites das averiguações preliminares, elas nunca poderão prosseguir informalmente diante de restrições de direitos, e a apreensão deve ser vista como uma restrição de direitos a exigir o mecanismo de controle previsto no inquérito policial.

Caso não haja dúvidas quanto à desnecessidade da manutenção da apreensão e quanto ao proprietário, a própria autoridade policial poderá determinar sua restituição (CPP, art. 120). Todavia, para casos mais controvertidos sobre a conveniência da manutenção da apreensão para fins de continuidade da investigação, seria conveniente que antes da manifestação final de restituição houvesse prévia manifestação do Ministério Público, pois uma restituição açodada

⁴³⁰ Ver Chiavario, 2009:346; Lupária, 2009:222.

poderia tornar infrutíferas outras diligências investigativas⁴³¹. Em qualquer situação, se há requisição ministerial para a apreensão, devidamente fundamentada, não é legítima sua posterior liberação.

No Brasil, a Polícia possui autonomia de apreensão apenas em relação aos objetos ligados à prova do crime, ou do produto direto do crime (*v.g.*, *res furtiva*). Em relação ao sequestro do proveito do crime (bens adquiridos com o produto do crime), a hipoteca legal ou arresto com finalidade de indenização civil *ex delicto*, há necessidade de prévia decisão judicial (CPP, arts. 125-144). Para tanto, a autoridade policial formulará uma representação, para que o Ministério Público formule o respectivo requerimento judicial.

4.9 Um aspecto instrumental imanente: o uso da força e seu controle processual

4.9.1 Aspectos materiais do uso da força

Uma das áreas mais significativas de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da atuação policial é quanto ao uso da força pela Polícia. O uso da força está imanente em toda atividade policial, pela possibilidade de seu recurso no caso de resistência⁴³². Esse é um tema especialmente sensível, pois há um elevado número de pessoas que são mortas em confrontos com policiais no Brasil⁴³³.

O problema do uso da força por policiais contra suspeitos de crimes é que essas condutas encerram em si mesmas um dilema constante: por um lado, o Estado deve proteger a integridade física e a vida das pessoas submetidas à sua intervenção, por outro lado, o Estado também deve assegurar a segurança pública e, portanto, proteção aos direitos das demais pessoas envolvidas numa diligência policial (vítima e os próprios policiais)⁴³⁴. Há uma colisão de direitos

⁴³¹ Na França, a competência para decidir sobre a restituição dos objetos apreendidos é exclusiva do procurador da República (art. 41-4.1 do CPP francês).

⁴³² Daí porque Correia, 1994:4, distingue entre medidas de polícia materiais, destinada a produzir efeitos jurídicos, e medidas de polícia materiais, como o uso da força para dominar um agressor, que, apesar de estar balizado por normas jurídicas, não é em si mesmo um ato destinado a produzir efeitos jurídicos, tão somente um ato instrumental destinado a assegurar a eficiência de uma diligência concreta.

⁴³³ Ver acima, item 1.3.1.2. Conforme lembra Lyra *et al.*, 2004:18, em 2003, 1.195 civis morreram em confrontos com a Polícia no Rio de Janeiro, além de 45 policiais.

⁴³⁴ Indicando a relevância do uso da força pela polícia para a concretização de direitos fundamentais de cidadãos: Miller e Blackler, 2005:61-82. Para os problemas do uso excessivo da força como “ritual de manutenção da autoridade”, ver Alpert e Dunham, 2004:170, e outros comentários acima, no item 1.4.2.3.

fundamentais subjacente a todo uso da força pela Polícia, o que reconduz o problema à metodologia do princípio da proporcionalidade. O uso da força não pode ser excessivo, pois nessa situação se ultrapassaria a fronteira de legitimidade de atuação do Estado contra os suspeitos e não pode ser desproporcional, sacrificando bens de envergadura superior aos que se procura proteger (diante das contingências do caso concreto).

Por exemplo, se uma pessoa já está dominada, não é legítimo que a força seja utilizada além do necessário. Não é admissível a aplicação por agentes do Estado de castigos informais fora dos limites do direito penal, com seus pressupostos de legitimidade para aplicação da pena (entre os quais estão o devido processo legal e a legitimidade da própria pena). Ainda que seja necessário o uso da força, ele deve levar em consideração os outros bens jurídicos que poderão ser lesionados com o uso da força, admitindo-se sua legitimidade apenas se o bem jurídico a se proteger for concretamente superior ao que se sacrifica. Na metáfora de Bittner, o policial deve ser como o médico, que se orgulha de fazer tudo o possível para evitar a cirurgia e, ainda quando essa seja inevitável, se orgulha de realizar a menor incisão possível⁴³⁵.

O uso da força pode ocorrer nas seguintes situações⁴³⁶:

- a) Repelir agressão atual ou iminente, própria ou a terceiro (legítima defesa);
- b) Vencer oposição à execução de um ato legal (resistência ou desobediência);
- c) Capturar ou impedir a fuga de certos indivíduos (prisão ou detenção).

Na primeira hipótese há uma atuação inicial reativa da Polícia, e nas outras duas uma ação inicial pró-ativa. O uso da força pela Polícia é um *iter* gradual que vai desde a ameaça simbólica de uso da força (imaneente à atuação policial), passando pela coerção física, a eventual prática de lesões corporais inevitáveis à efetividade da coerção, até, numa situação mais extrema, o uso da força letal. Deve ser reconduzido a essa problemática não apenas o uso de bastões ou armas de fogo, mas também todos os chamados “meios auxiliares de coação física”, como cassetete, barreiras técnicas, canhões d’água, substâncias irritantes ou analgésicas (como spray de pimenta ou granadas de gás lacrimogêneo), algemas, escudos de proteção, explosivos (em casos

⁴³⁵ Bittner, 2003:200.

⁴³⁶ Ver Raposo, 2006:16a; Correia, 1994:6-7.

de catástrofes naturais), pés de cabra, o uso de cães ou cavalos, armas de choque (*taser*), uso de projéteis de borracha, as perseguições de veículos em alta velocidade (potencialmente lesivas), veículos de serviço (utilizados como barreiras ou instrumento de coação durante uma perseguição), e o disparo de armas de fogo em situações potencialmente lesivas tanto ao abordado quanto a terceiros (perseguições de pessoas desarmadas com armas em punho, com risco de disparo acidental, disparo de armas de fogo em local aglomerado ou contra um veículo em movimento)⁴³⁷. Toda ação policial deve considerar o risco de lesões colaterais a outros direitos fundamentais e a vinculação ao princípio da proporcionalidade enquanto método de aferição da legitimidade de tais restrições.

Se, por um lado, a Polícia deve ter uma atuação determinada e eficiente na realização de suas atividades, especialmente na proteção das pessoas, por outro lado não pode recorrer ao uso da força além do estritamente necessário para cumprir uma tarefa legalmente exigida ou autorizada. Se ela deve proteger a integridade físicas das pessoas de ataques de outras pessoas, não pode ela mesma ser a fonte de lesão à integridade física⁴³⁸. E o uso da força está marcado pela sua constante excepcionalidade⁴³⁹.

É certo que não basta que se esteja diante de uma situação concreta dessas para que, *ipso facto*, se justifique a utilização da força. O princípio da proporcionalidade informa especialmente essa seara, tão delicada diante da relevância dos direitos fundamentais em causa. Assim, o uso da força apenas pode ser realizar se ele for realmente adequado à finalidade que se pretende e não houver outro meio menos gravoso para atingir o mesmo fim. Se houver outra medida de intervenção menos gravosa, esta sempre deverá ter preferência. Portanto, o uso da força pela Polícia se concretiza em um *continuum* de graduação conforme o nível de cooperação

⁴³⁷ Sobre os meios auxiliares de coação física, ver A.F. Sousa, 2009:297-301.

⁴³⁸ G.M. Silva, 2001:63.

⁴³⁹ Nesse sentido estabelece o art. 3º do Código de Conduta da ONU para os responsáveis pela aplicação das leis: “os responsáveis pela aplicação das leis podem recorrer à força unicamente quando é estritamente necessário e na medida exigida pelo cumprimento das suas funções”. No mesmo sentido o art. A.12 da Declaração sobre a Polícia do Conselho da Europa (Anexo à Resolução n. 690 da Assembleia do Conselho da Europa): “ao desempenhar a sua função, o funcionário de polícia deve agir com toda a determinação necessária sem nunca recorrer à força mais do que seria necessário para cumprir a tarefa exigida ou autorizada pela lei”. Para uma vasta revisão das normas internacionais relativas ao uso da força, ver Lassa, 2001:117-126.

ou não cooperação do cidadão com o policial, de forma que apenas pode-se progredir para os níveis mais elevados caso se reconheça que o nível anterior foi ou seria inadequado⁴⁴⁰.

Isso implica a necessidade de se realizar uma graduação da intensidade das modalidades de uso da força. Por exemplo, numa abordagem para realização de revista pessoal, deve-se usar desde as formas mais leves, como uma elevação no tom de voz de autoridade (uma forma de violência simbólica que exprime a seriedade da situação), uma ordem inicial para que o cidadão abordado acalme-se ou se coloque em uma postura de revista, até o policial colocar a mão sobre uma arma não letal (v.g., um bastão, indicando que poderá eventualmente utilizá-lo), a possibilidade de estar de arma em punho (indicando uma possível ação iminente), a necessidade de dar um aviso concreto sobre a iminência de utilização dessa arma, até o seu uso efetivo, mas sempre preferencialmente em áreas não letais de forma a minimizar os danos decorrentes do uso da força. Não é possível o recurso à força letal para assegurar a realização de uma revista pessoal, pois a força letal apenas seria justificável se houvesse um risco iminente à vida ou integridade física de outra pessoa, ou seja, se durante a revista pessoal o abordado reagisse indicando que possui uma arma e que estaria na iminência de utilizá-la, colocando em risco a vida ou integridade física de uma pessoa. Portanto, o uso da força letal jamais seria realizado para assegurar a eficiência da revista pessoal, mas para vencer uma agressão iminente. Se num caso concreto não há qualquer razão para suspeita que o abordado possui consigo armas, não seria legítimo o porte ostensivo de armas de fogo (v.g., não se trata de suspeita de posse de armas, mas apenas suspeita de posse de drogas por um “pequeno traficante”). Também não seria admissível o uso da força letal diante de uma postura meramente passiva do abordado. Nessa toada, a abordagem a um cidadão que já se inicia com as armas em punho e apontadas para si, sem uma suspeita concreta de risco à vida que justifique o uso de armas de fogo, é claramente desproporcional⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Reno, 2001:4. Walker, 2005:55, ilustra esse contínuo com o seguinte gráfico de uma abordagem: (1) verificação de uma possível situação conflituosa – presença policial; (2) cidadão coopera com o policial – policial formula perguntas ou faz um pedido ou dá um aviso; (3) cidadão não coopera com policial – policial dá uma ordem; (4) resistência passiva – toque físico para dissuasão; (5) resistência ativa – uso da força física; (6) resistência agressiva – uso de força não letal; (7) ameaça à vida – uso de força letal.

⁴⁴¹ Nesse sentido, ver diretriz n. 7 da Portaria Interministerial n. 4226/2010 – MJ/SEDH: “O ato de apontar arma de fogo contra pessoas durante os procedimentos de abordagem não deverá ser uma prática rotineira e indiscriminada”. O uso da força para impedir a prática de um crime deve guardar uma relação de imediatidade com o crime que se pretende evitar, não sendo bastante uma mera suspeita futura de prática de crime: nesse sentido, ver críticas de Ferrajoli, 2002:640.

No caso de uso da força para assegurar o cumprimento de uma prisão, deve-se dar uma ordem de permanecer parado e, diante da fuga não agressiva, deve-se deter o abordado, utilizando-se técnicas de imobilização que minimizem as possíveis lesões delas decorrentes. Não se justifica qualquer uso da força quando a pessoa já está devidamente dominada, ainda que seja para “acalmar” o abordado (e muito menos para extravasar a tensão do policial...).

Outro tema que merece reflexão é a forma como os presos são transportados após a sua prisão em flagrante, colocados num cubículo de espaço excessivamente diminuto e sufocante, sem cinto de segurança, portanto sujeitos a lesões decorrentes de manobras bruscas ou saltos em lombadas (eventualmente praticados de forma dolosa pelo policial como forma de retaliação)⁴⁴². Vale lembrar que no Brasil até os animais devem ser transportados em compartimentos seguros nos veículos (Lei n. 9.503/1997, art. 252, II). A forma como os presos são atualmente transportados equivale ao transporte de um “objeto sem valor”, em clara violação ao núcleo essencial da ideia de dignidade humana e ao princípio da necessidade no uso da força durante a imobilização e transporte do preso. A Lei n. 8.653/1993, art. 1º, estabelece que “É proibido o transporte de presos em compartimento de proporções reduzidas, com ventilação deficiente ou ausência de luminosidade”, todavia, o art. 2º, dessa lei foi vetado, não havendo definição de o que é um compartimento inapropriado⁴⁴³. Portanto, a condução do preso em viatura policial deve ocorrer de forma a não submeter o abordado a um tratamento desumano ou degradante, assegurando sua efetiva proteção.

Já no âmbito de uma ação para salvamento de reféns, o escalonamento da necessidade abrange uma atividade de negociação para se libertar a vítima de forma pacífica, o uso de armas não letais para imobilizar o agressor (gás de pimenta, fumaça, limitação de movimentos por choque elétrico, impacto controlado por balas de borracha ou não letais⁴⁴⁴), um aviso formal quanto à intervenção iminente (se tal não colocar em risco a vítima), até a medida mais drástica que é a invasão tática do local. De qualquer sorte, não se admite disparo de arma de

⁴⁴² Documentando caso de óbito de um estudante universitário preso por crime de trânsito, que foi transportado algemado no cubículo da viatura, tendo os policiais dirigido de forma brusca: Lyra *et al.*, 2004:40.

⁴⁴³ Sobre o problema do transporte de presos, ver J.C. Assis *et al.*, 2008:73; R. Greco, 2012:175.

⁴⁴⁴ M.T. Sousa e Riani, 2007:7. Todavia, sobre os riscos inerentes ao uso da pistola elétrica (*taser*), como amnésia ou a sonda ficar presa ao corpo, ver IPCC, 2008.

fogo se houver pessoas na linha de tiro ou após o agressor⁴⁴⁵. Se não há risco de resultado agressivo pelo grupo controlado não se justifica o uso da força por policiais⁴⁴⁶.

No caso de uma intervenção diante de uma possível situação conflituosa (v.g., um tumulto), o policial deve conduzir a intervenção de forma a evitar que ela venha evoluir para situações mais graves, em que seja necessário o uso da força. Se uma pessoa está hostil à intervenção policial, a melhor estratégia de intervenção é o convencimento da necessidade de se acatar a intervenção policial para minimizar o risco de evolução da situação para um eventual uso da força⁴⁴⁷. No caso de uso de cães para dispersar um tumulto, antes da soltura dos cães deve haver um alerta sobre a soltura iminente, e os cães devem ser treinados para “achar e latir” (achar uma pessoa armada ou agressiva), ao invés de “achar e morder”⁴⁴⁸. De forma especial, no caso de controle de multidões (reintegração de posse, operações em estádios, manifestações de rua), deve-se evitar ao máximo o uso de armas de fogo (que apenas seriam justificáveis se houver uma ameaça iminente à vida ou integridade física de alguém)⁴⁴⁹.

Quanto à estratégia de evitar a evolução da situação para um evento potencialmente mais letal, por exemplo, um policial, ao analisar a viabilidade de se realizar uma perseguição à pé contra um fugitivo, deve levar em consideração o risco dele mesmo se colocar em uma situação de risco (estar sozinho em ambiente escuro, afastado de seus colegas, em localização que venha desconhecer) que venha eventualmente justificar o posterior uso de força letal contra o fugitivo⁴⁵⁰. Se há o risco de a situação evoluir para um resultado mais letal, e não

⁴⁴⁵ J.C. Assis *et al.*, 2008:58.

⁴⁴⁶ Por exemplo, em TEDH, *Makbule Akbaba vs. Turquia*, 10 jul. 2012, a Corte de Estrasburgo condenou a Turquia por violação ao art. 2º da CEDH (direito à vida), pelo fato de policiais turcos terem reprimido com o uso de gás lacrimogêneo uma greve de fome praticada por prisioneiros, o que acabou por gerar a morte de dois prisioneiros, ao argumento de que tal evento não era agressivo e, portanto, era passível de repressão mediante o uso da força.

⁴⁴⁷ Segundo Chappell *et al.*, 2010:65, todo exercício de autoridade envolve conflito, pois envolve uma imposição a outra pessoa; todavia, o aspecto central do exercício legítimo da autoridade está na administração das relações de autoridade, de forma a se maximizar a obediência e minimizar o conflito e resistência abertos. E tais habilidades devem ser incrementadas através do treinamento policial. Especificamente sobre a negociação e gerenciamento de crises, ver R. Greco, 2012:147-164.

⁴⁴⁸ Nesse sentido, ver recomendação do Departamento de Justiça dos EUA aos Departamentos de Polícia locais americanos em Reno, 2001:5. Segundo Walker, 2005:148, o uso da força canina deve estar um degrau abaixo do uso da força letal.

⁴⁴⁹ Lyra *et al.*, 2004:73. Sobre as minúcias dos pressupostos de fato para a utilização de armas de fogo pela Polícia nas diversas situações possíveis (inclusive a excepcional hipótese do tiro letal para fim salvífico), ver A.F. Sousa, 2009:313-349; Boer e Fernhout, 2008:5-7.

⁴⁵⁰ Walker, 2005:58-60, argumenta que as perseguições a pé são um dos incidentes que mais proporcionam resultados letais, tanto para perseguidos como para policiais, e cita a regulamentação de um Departamento de Polícia americano sobre o tema que proíbe perseguições por policiais desacompanhados em prédios, áreas

estão diretamente em risco à vida ou integridade física do policial ou terceiro, o possível cenário letal deve ser evitado, já que uma das finalidades da atividade policial é proteger a vida e integridade física das pessoas, inclusive a do delinquente. No Brasil, a Portaria Interministerial n. 4226/2010 – MJ/SEDH nomeia essa ponderação das consequências previsíveis como sendo o princípio da conveniência, segundo o qual: “A força não poderá ser empregada quando, em função do contexto, possa ocasionar danos de maior relevância do que os objetivos legais pretendidos”.

Assim, a análise do uso proporcional da força deve levar em consideração não apenas o instante em que ela foi utilizada, mas o contexto geral de uso da força e a efetiva possibilidade de o policial optar por uma abordagem que evite criar a situação que ensejará a sua utilização. Por exemplo, um policial que deseja utilizar a força contra determinada pessoa (por retaliação ou mera afirmação de poder) pode prolongar abusivamente a realização de determinadas diligências (como uma revista pessoal ou outra abordagem em via pública) para “testar” a paciência do cidadão e, quando houver uma reclamação acima do razoável, autuar o cidadão por desacato e, portanto, usar da força para detê-lo. Será extremamente difícil comprovar o pequeno excesso na diligência inicial, enquanto a reação despolida do cidadão será mais fácil de provar, restando o benefício da dúvida sempre a favor do policial. Em outras situações, o policial contribui para elevar o risco de a abordagem evoluir desnecessariamente para um confronto que resulte em violência. Segundo Armacost, a ausência de consideração da legitimidade da abordagem policial em todo seu contexto pode ser um sério fator não apenas de diminuição da sensação de responsabilidade do policial sobre o desencadear de suas ações em sentido mais amplo, mas também de uma revisão construtiva das estratégias de abordagem e respectivo treinamento pelos próprios Departamentos de Polícia, de forma a evitar confrontos desnecessários entre Polícia e cidadãos⁴⁵¹.

Portanto, o princípio da necessidade impõe a consideração de outras possíveis opções de ação que a Polícia tinha concretamente à sua disposição. Obviamente, uma análise mais ampla do problema do uso da força também deve questionar porque determinadas opções de

confinadas (grades), áreas arborizadas, perseguições nas quais o policiais perde de vista o perseguido e não está seguro da posição do perseguido, ou em situações nas quais o risco para o policial ou para terceiros diminui a necessidade de imediata detenção do fugitivo. V. ainda Burns e Crawford, 2002:147-166, indicando que as perseguições tem sério risco de evoluir para uma forma de violência policial.

ação menos lesivas não foram colocadas à disposição da Polícia, de forma a se exigir a concretização de políticas de atuação menos agressivas⁴⁵².

A análise feita indica que para cada espécie de diligência policial há um roteiro diferenciado de concretização do princípio da proporcionalidade em relação ao uso da força para assegurar a realização da diligência policial, cada qual envolvendo um conjunto de variáveis diferenciadas que podem levar a mandamentos de ação diferenciados, ou ainda à proibição de determinadas ações mais graves em estágios ainda não tão graves. Por isso, a efetiva regulamentação do exercício do uso da força, especialmente no âmbito administrativo através dos manuais de atuação, é essencial para a efetiva concretização da segurança jurídica em relação ao uso da força, para atuar como uma guia na posterior interiorização dessas pautas de atuação na fase de treinamento⁴⁵³.

Por exemplo, em Portugal, o uso de meios coercitivos pelas forças e serviços de segurança está regulamentado pelo art. 34 da Lei n. 37/2008⁴⁵⁴. Especificamente quando ao uso de armas de fogo, há a regulamentação pelo D.L. n. 457/1999, que prevê, em linhas gerais: (i) o uso de arma de fogo será excepcional e deverá ser feito de forma a reduzir ao mínimo as possíveis lesões e os danos e de preservar a vida humana; (ii) é proibido o uso de arma de fogo se terceiros puderem ser atingidos; (iii) há obrigação de advertência prévia antes do uso da arma de

⁴⁵¹ Armacost, 2004:471.

⁴⁵² Muniz e Proença Jr., 2007b:57. Para tais autores, a previsão de alternativas viáveis abrange: suporte e articulação organizacionais, equipamentos materiais, acervo de procedimentos, capacitação de indivíduos e equipes, capacidade decisória e competência policial. Nesse sentido, ver ainda a diretriz n. 9 da Portaria Interministerial n. 4226/2010 – MJ/SEDH: “9. Os órgãos de segurança pública deverão editar atos normativos disciplinando o uso da força por seus agentes, definindo objetivamente: (a) os tipos de instrumentos e técnicas autorizadas; (b) as circunstâncias técnicas adequadas à sua utilização, ao ambiente/entorno e ao risco potencial a terceiros não envolvidos no evento; (c) o conteúdo e a carga horária mínima para habilitação e atualização periódica ao uso de cada tipo de instrumento; (d) a proibição de uso de armas de fogo e munições que provoquem lesões desnecessárias e risco injustificado; e (e) o controle sobre a guarda e utilização de armas e munições pelo agente de segurança pública”.

⁴⁵³ Sobre a relevância da regulamentação administrativa na atividade policial, ver *supra*, item 2.3.5.4. Especificamente sobre o tema, ver Walker, 2005:46-53.

⁴⁵⁴ Essa disposição é quase uma reprodução do art. 61 do DL n. 252/2000, aplicável aos agentes do SEF, bem como do art. 13.3 do DL n. 265/1993, aplicável aos militares da GNR. Ela, em síntese, é uma aplicação concreta do princípio da proporcionalidade. Ver Albuquerque, 2009:648.

fogo; (iv) há o dever de imediato socorro aos feridos; (v) há o dever de imediata comunicação aos superiores hierárquicos⁴⁵⁵.

O aspecto da necessidade de uma ordem para obedecer sob pena de ser necessário o uso da força é essencial para concretizar o princípio da necessidade (assegurar que o uso da força seja o último recurso possível), valorizando a persuasão ao invés da coerção⁴⁵⁶. Sempre que possível, a persuasão deve ter primazia sobre o uso efetivo da força coercitiva⁴⁵⁷. A obediência estrita a esses degraus crescentes de intrusão pode eventualmente ser saltada se uma advertência for claramente impraticável ou se ela acarretar a ineficiência da diligência de salvamento de uma pessoa, mas a prévia advertência (formal, em alta voz e inequívoca) é a regra geral a ser seguida no que tange ao uso da força letal. Em situações algumas situações excepcionais, o aviso não será possível, admitindo-se como seu sucedâneo a ameaça de uso do meio mais gravoso (v.g., no caso de dispersão de multidão, que se ameace usar coação direta, ou simplesmente apontar a arma de fogo ao sequestrador que mantém sob sua mira o refém e reiterar a ordem de libertação). Em outras situações, o próprio aviso de qual medida será utilizada será inconveniente do ponto de vista estratégico, por eventualmente minar sua efetividade (v.g., acordar o sequestrador durante a noite para intimá-lo a libertar o refém). Em situação de urgência que exija intervenção imediata, não será possível tal aviso. Assim, o aviso prévio é uma regra que apenas será afastada diante de exceções concretamente demonstráveis, sendo um ônus do policial que usa o meio mais gravoso demonstrar que estava diante dos respectivos pressupostos de fato legitimadores na situação concreta.

Ademais, o princípio da necessidade impõe uma graduação das espécies de armas a serem utilizadas de acordo com as diversas situações concretas possíveis. Por exemplo, impõe a graduação entre armas não agressivas (a princípio não agressivas, como o gás de

⁴⁵⁵ Ainda assim, Raposo, 2006:16, afirma que a regulamentação do uso de armas de fogo em Portugal deveria ter sido feito de forma mais minuciosa, pois acaba por se transferir ao juiz uma ponderação que deveria ter sido feita pelo legislador, regulamentação esta que traria mais segurança jurídica próprio ao policial.

⁴⁵⁶ Nesse sentido, o art. 34.1.b da Lei n. 53/2008 de Portugal (Lei da Segurança Interna), que regulamenta o uso da força pelos órgãos de segurança pública, estabelece ser admissível o uso da força “para vencer resistência à execução de um serviço no exercício das suas funções, depois de ter feito aos resistentes intimação formal de obediência e esgotados os outros meios para o conseguir”. Em idêntico sentido é o art. 8.1 do Código Deontológico do Serviço Policial de Portugal (Diário da República, n. 50, Série I-B, 28 fev. 2002). No mesmo sentido há uma recomendação do Departamento de Justiça dos EUA sobre o tema: ver Reno, 2001:3. Ver ainda: A.F. Sousa, 2009:309-313.

⁴⁵⁷ Indicando como o trabalho policial muitas vezes utiliza-se do convencimento para superar resistências: Bittner, 2003:189-192.

pimenta) armas de agressão mediana (cassetetes, contato corporal agressivo, técnicas de asfixia, uso de canídeos, algemas) e armas com risco de letalidade (armas de fogo e outras)⁴⁵⁸. Deve haver uma análise prévia pelo Departamento de Polícia de quais técnicas de uso da força são aprovadas pela instituição, disciplinando concretamente sua utilização. Em especial, deve haver uma disciplina das técnicas de imobilização admitidas e os respectivos pré-requisitos, já que muitas dessas técnicas podem eventualmente levar a óbito ou causar sequelas graves (v.g., a técnica de asfixia por estrangulamento na qual o policial segura o conduzido por trás, passa o braço no seu pescoço e realiza pressão para diminuir o fluxo sanguíneo para o cérebro, induzindo ao enfraquecimento por asfixia – técnica conhecida como “mata leão” – se prolongada excessivamente pode gerar sequelas neurológicas ou eventualmente até a morte por asfixia). Ademais, o uso de força legal deve ser realizado levando-se em consideração as pessoas que estão à volta, de sorte a não proporcionar outras vítimas inocentes.

O uso da força letal deve ser proporcional, ou seja, apenas é admissível em situações extremas, como último recurso para salvar outro bem de igual estatura, ponderando-se o risco à vida (ou sério risco à integridade física) da pessoa abordada, e o salvamento de outra vida (ou integridade física de outra pessoa), seja a vida do próprio policial (situação de presumível resistência armada à diligência policial) seja a vida de um inocente (v.g., salvamento de um refém)⁴⁵⁹. Exige-se, entre outras coisas, que se trate de uma reação violenta, ou seja, uma mera reação passiva não justificaria o uso da força de força letal. Essa reação violenta deve envolver necessariamente alguma seriedade de potencial lesivo, ou seja, o abordado deve estar portando uma arma de fogo, explosivos ou outra arma com potencial de lesão física: sem tal aspecto concreto de receio à integridade física o uso da força letal seria desproporcional.

A mera eficiência de uma diligência também não pode justificar o uso de força letal. Por exemplo, o fato de um preso estar a fugir desarmado e de forma não agressiva (ao policial e a terceiros), não justifica por si só o uso da força letal contra o mesmo, ainda que não

⁴⁵⁸ Sobre a categorização do uso de canídeos como uma espécie de uso da força, Reno, 2001:4, afirma eles devem ser admitidos apenas se: “(a) uma pessoa é suspeita de ter praticado um crime sério ou violento; (b) técnicas potencialmente menos lesivas forem insuficientes; e (c) ela é necessária para a segurança do policial, uma advertência verbal é dada antes de seu uso e uma aprovação do supervisor é obtida; a Polícia deve treinar seus cães pelo enfoque ‘achar e latir’ ao invés de ‘achar e morder’”.

⁴⁵⁹ Indicando que o uso de armas de fogo apenas se justifica para salvar outra vida ou a integridade física de outra pessoa: art. 8.3 do Código Deontológico do Serviço Policial de Portugal (Diário da República, n. 50, Série I-B, 28 fev. 2002).

haja outro meio de deter o preso, pois isso consistiria em permitir uma pena de morte (ou de exposição ao risco de morte, e ainda sem julgamento e com aplicação imediata da pena) como instrumento de assegurar a efetividade da detenção. Nessa situação, a vida do preso vale mais que a eficiência da diligência de captura, sem outras consequências para terceiros, pois o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a não-efetividade da diligência policial de detenção nessa situação, em razão de o único meio necessário não ser proporcional em sentido estrito⁴⁶⁰. Em verdade, um policial apenas pode empunhar uma arma de fogo quando se verifica que há um risco iminente à vida ou integridade física de alguém, e quando estiver de arma em punho deve tomar todas as medidas necessárias para que tal arma não dispare acidentalmente. É essencial que o uso da arma de fogo seja reconduzido à lógica da legítima defesa, devendo haver a atualidade da agressão (sob pena de excesso extensivo) e uso moderado dos meios (sob pena de excesso intensivo)⁴⁶¹. Segundo Walker, a simples ato de empunhar uma arma de fogo e apontá-la em direção a uma pessoa já deve ser considerado um ato sério de exercício da força (em forma potencial), com grave potencial lesivo, que deve ser objeto de estrita regulamentação, obrigação de elaboração de relatório e posterior análise⁴⁶². Entre as diversas possibilidades de intervenção tática policial, deve-se escolher a que tenha menor probabilidade de evoluir para um cenário de possível uso da força letal.

⁴⁶⁰ Na opinião de Schlüchter, 1999:73, seria admissível o uso de armas de fogo apenas para ameaçar, mediante disparos intimidatórios. Roxin, 2000:282, indica que alguns estados alemães admitem o uso de arma de fogo para impedir a fuga, mas ele mesmo o considera violador da presunção de inocência, do valor insubstituível da vida humana e da proporcionalidade. Registre-se que no Brasil há decisões do STJ entendendo que um disparo de arma de fogo, ainda que com finalidade de mera intimidação para evitar uma briga entre o autor do disparo e outra pessoa, configura o crime de disparo de arma de fogo em via pública (art. 15 da Lei n. 10.826/2003), devendo-se inclusive elevar a pena se o fato ocorreu em bairro residencial, com casas ao redor; conferir: STJ, HC 162.185/MS, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 9 ago. 2011, DJe 22 ago. 2011. Ver ainda a diretriz n. 6 da Portaria Interministerial n. 4226/2010 – MJ/SEDH, que considera inadmissível os “disparos de advertência” no Brasil. Contra os disparos de intimidação ou contra suspeitos em fuga, em Portugal, v. M.J.R.L. Nogueira, 2005:41. Nos EUA, há precedente da Suprema Corte entendendo inconstitucional uma lei estadual que admitia o uso de força letal para evitar que um criminoso empreende-se fuga (caso *Tennessee vs. Garner*, 1985, *apud* Walker e Katz, 2008:377). O TEDH também entende que o uso de força letal para assegurar a não evasão de pessoa abordada é desproporcional: TEDH, *Alijak et al. vs. Itália*, 29 mar. 2011 (ver abaixo, item 3.2.4.1). Segundo Guinchard e Buisson, 2009:495, é contrário à lógica tentar justificar, com respaldo na legítima defesa, o uso de arma de fogo por policial para assegurar o cumprimento de uma detenção. A criminologia crítica inglesa indica o disparo de arma de fogo contra pessoa desarmada em fuga como uma inversão da ordem das prioridades, priorizando o controle social por si mesmo ao invés da proteção dos valores humanistas que devem estar-lhe subjacentes: Schwendinger e Schwendinger, 1980:170.

⁴⁶¹ Sobre a distinção, Jesus, 2001:396. Genericamente, sobre a legítima defesa e o seu excesso no âmbito da atividade policial: R. Greco, 2012:121-145.

⁴⁶² Walker, 2005:62.

O uso de arma de fogo é o caso mais complexo de aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito das atividades de uso da força pela Polícia e, portanto, necessitaria da máxima regulamentação legal possível, para otimização do próprio princípio do Estado de Direito⁴⁶³. Infelizmente, no Brasil, a regulamentação legal é inexistente, trabalhando-se apenas com os princípios gerais de direito e algumas normas administrativas.

Especificamente quanto ao uso da força letal, é essencial recorrer-se às orientações dos “Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei”, da ONU⁴⁶⁴. Conferir os dispositivos mais significativos:

9. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem fazer uso de armas de fogo contra pessoas, salvo em caso de legítima defesa, defesa de terceiros contra perigo iminente de morte ou lesão grave, para prevenir um crime particularmente grave que ameace vidas humanas, para proceder à detenção de pessoa que represente essa ameaça e que resista à autoridade, ou impedir a sua fuga, e somente quando medidas menos extremas se mostrem insuficientes para alcançarem aqueles objetivo. Em qualquer caso, só devem recorrer intencionalmente à utilização letal de armas de fogo quando isso seja estritamente indispensável para proteger vidas humanas.

10. Nas circunstâncias referidas no princípio 9, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem identificar-se como tal e fazer uma advertência clara da sua intenção de utilizarem armas de fogo, deixando um prazo suficiente para que o aviso possa ser respeitado, exceto se esse modo de proceder colocar indevidamente em risco a segurança daqueles responsáveis, implicar um perigo de morte ou lesão grave para outras pessoas ou se se mostrar manifestamente inadequado ou inútil, tendo em conta as circunstâncias do caso.

11. As normas e regulamentações relativas à utilização de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem incluir diretrizes que: [...]

A efetiva prevenção do uso abusivo da força depende da existência de regras claras e precisas sobre o uso da força, e especialmente de armas de fogo, bem como mediante a prévia assimilação desses parâmetros de ação através de atividades de treinamento⁴⁶⁵. No Brasil,

⁴⁶³ Nesse sentido: Correia, 1994:5-7. Argumentando a indispensabilidade da regulamentação do uso de armas de fogo, na França, ver Guinchard e Buisson, 2009:496.

⁴⁶⁴ Adotado pelo 8º Congresso da ONU para a prevenção do crime e tratamento de agressores, em 7 set. 1990.

⁴⁶⁵ Sobre a relevância do treinamento na atividade policial, ver o art. 18 dos “Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei”, da ONU: “Os Governos e os organismos de aplicação da lei devem garantir que todos os funcionários responsáveis pela aplicação da lei sejam selecionados de acordo com procedimentos adequados, possuam as qualidades morais e aptidões psicológicas e físicas exigidas para o bom desempenho das suas funções e recebam uma formação profissional contínua e

um paradigma relevante para o estabelecimento de limites objetivos no uso da força consta da Portaria Interministerial n. 4226/2010, do Ministério da Justiça e Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que estabelece diretrizes para a Polícia Federal, PRF e a Força Nacional de Segurança Pública. É altamente recomendável que os Ministérios Públicos Estaduais fiscalizem a expedição de diretrizes semelhantes no âmbito estadual⁴⁶⁶.

Considerando a vinculação constitucional da Polícia à proscrição de maus tratos no âmbito de sua atividade, conclui-se que “todo o funcionário de polícia tem a obrigação de não executar ou de ignorar qualquer ordem ou instrução envolvendo [execuções sumárias, a tortura e as outras penas ou tratamentos desumanos ou degradantes]”⁴⁶⁷.

Essas perspectivas de proporcionalidade em relação ao uso da força também devem estar presentes nas demais diligências policiais que envolvem o uso de prerrogativas legais para criar uma exceção às regras geralmente aplicáveis às demais pessoas. Por exemplo, policiais podem eventualmente violar as regras de trânsito se isso for necessário para realizar suas finalidades públicas (passar em sinal vermelho diante da urgência de chegar a determinado local, dirigir acima da velocidade permitida para interceptar um veículo em fuga, excepcionalmente até dirigir em descordo com outras regras de trânsito, como o sentido da via ou o tipo de veículo). Todavia, essas violações a regras de trânsito também devem ser consideradas como uma aplicação do princípio da proporcionalidade, que devem, portanto, levar em consideração dos riscos de acidentes de trânsito ou da própria erosão dos valores de legalidade decorrentes de tais atividades, especialmente os princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade. Portanto, a criação de um risco desarrazoado com uma perseguição em alta velocidade decorrente de um fato não grave deve ser levada em consideração para, em determinadas situações, legitimar-se a

completa. Deve ser submetida a reapreciação periódica a sua capacidade para continuarem a desempenhar essas funções”. Conferir ainda em idêntico sentido o art. A.13 da Declaração sobre a Polícia do Conselho da Europa (Anexo à Resolução n. 690 da Assembléia do Conselho da Europa): “devem ser dadas aos funcionários de polícia instruções claras e precisas sobre o modo e as circunstâncias nas quais eles devem fazer uso das suas armas”. Sobre a disciplina legal do uso da força, afirma Nanda, 2004: “As normas legais relativas ao uso da força ainda permanecem imprecisas. É axiomático que a comunidade internacional ainda não aceite restrições mais estritas sobre o uso da força”. Segundo o relatório de 2009 do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU (Pillay, 2010:58), a elaboração de parâmetros genéricos de treinamento para a atividade policial, incluindo módulos específicos sobre proteção de direitos humanos, é um fator essencial de concretização da proteção de direitos humanos no âmbito policial.

⁴⁶⁶ Nesse sentido é o enunciado A10 do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012.

não continuidade de uma perseguição, com a consequencia perda de eficiência da meta de detenção da fuga, para se evitar concretamente acidentes de trânsito⁴⁶⁸. Apesar de a exposição a riscos de acidentes de trânsito não ser formalmente idêntica ao uso da força (ela é culposa enquanto essa é dolosa), diante dos resultados igualmente letais, deve ser reconduzida à mesma lógica de respeito à proporcionalidade. Em países que já lograram êxito em reduzir o número de mortes decorrentes do uso de armas de fogo, as mortes de correntes de acidentes de trânsito envolvendo viaturas policiais são o problema mais significativo de mortes ou lesões graves causadas pela Polícia⁴⁶⁹. O próprio disparo de arma de fogo contra um veículo deve levar em consideração o risco de causar um acidente de trânsito e colocar em risco a vida de terceiros⁴⁷⁰. Com muito mais razão quando se usa dolosamente do veículo para fazer parar o perseguido; por exemplo, se o policial motorista atropela o perseguido para evitar que ele fuga, tal ação será claramente contrária à proporcionalidade⁴⁷¹.

Da mesma forma, se os policiais não estão em uma situação de urgência, eles também estão obrigados a respeitarem as regras de trânsito, sob pena de se criar a representação popular de que a Polícia está sempre acima da lei, degenerando o valor da confiança popular e do próprio valor da legalidade para o Estado de Direito. Esse reconhecimento impõe ao Estado um

⁴⁶⁷ Art. A.3 da Declaração sobre a Polícia do Conselho da Europa (Anexo à Resolução n. 690 da Assembléia do Conselho da Europa). Ver comentários em G.M. Silva, 2001:125.

⁴⁶⁸ Segundo o IPCC, 2007:56, as perseguições de trânsito por policiais normalmente iniciavam-se após um incidente de violação de regras de trânsito, e muitos acabavam evoluindo para perseguições em alta velocidade que colocavam tanto os ocupantes do veículo perseguido quanto os policiais perseguidores e os demais usuários da via pública em risco. Segundo IPCC, 2007:29, a continuidade de uma perseguição de trânsito deve realizar-se mediante uma “avaliação dinâmica de riscos”, com supervisão obrigatória do sistema de comunicação central, sendo que os principais fatores a serem considerados para se continuar ou abortar uma perseguição são os seguintes: os riscos atuais gerados pelo motorista perseguido, a razão da tentativa inicial de abordagem do motorista, a gravidade da ofensa praticada pelo suspeito, se o suspeito está armado, o nível de treinamento e a autoridade para conduzir perseguições pelo policial motorista envolvido, se o suspeito é desconhecido, se o motorista é um adolescente ou se há outras pessoas vulneráveis no veículo, se uma ação imediata é essencial ou se o problema pode ser resolvido posteriormente, a adequação da viatura policial para a perseguição, o tipo de veículo perseguido, a possível rota a ser tomada pelo veículo perseguido, a disponibilidade de outras opções táticas, condições relativas à via pública, ao clima e às condições de tráfego. Na mesma linha, Dupont, 2001:41, relata que, no período de 1992 a 1997 em Queensland (Austrália), mais pessoas morreram em decorrência de acidentes de trânsito envolvendo viaturas policiais em perseguição do que em razão de disparos de armas de fogo efetuados pela polícia, tornando os veículos policiais potencialmente mais letais que as próprias armas. Ver ainda Walker, 2005:57.

⁴⁶⁹ Segundo IPCC, 2007:vi, cerca de 40 pessoas morrem por ano na Inglaterra e País de Gales em razão de acidentes de trânsito decorrentes de perseguições conduzidas por viaturas policiais, estimando-se que de cada 1000 perseguições, cerca de 1 a 11 causem mortes (portanto, quase 1% das perseguições de trânsito são letais). Em sentido semelhante, nos EUA, ver Walker, 2005:44.

⁴⁷⁰ A.F. Sousa, 2009:318; M.J.R.L. Nogueira, 2005:50.

⁴⁷¹ Nesse sentido: Roxin, 2000:281.

dever de regulamentar as situações concretas que justificam a realização de uma perseguição de veículo por uma viatura policial e os fatores que devem ser dinamicamente considerados para a continuidade da diligência, o treinamento dos policiais para serem aptos a realizarem a perseguição (sob pena de não serem autorizados a realizarem-na) e o posterior controle das perseguições mediante investigações que fiscalizem se as regras foram obedecidas.

4.9.2 *Garantias procedimentais de controle do uso da força*

A identificação dos casos de uso excessivo da força é um dos problemas mais complexos no âmbito do controle da atividade policial. Normalmente, a justificativa utilizada pelo policial para procurar encobrir seu excesso no uso da força durante uma prisão é que o autuado estava resistindo e, portanto, tratou-se de uso legítimo da força para superar a resistência⁴⁷². Um importante mecanismo para monitorar esse comportamento é a criação de relatórios de uso da força por resistência em todas as situações e o monitoramento desses relatórios, com comparações que indiquem que um determinado policial está usualmente recebendo mais queixas de abuso no uso da força em comparação aos outros policiais. A apresentação de relatórios sobre os incidentes de uso da força é uma importante forma de *accountability* na atividade policial⁴⁷³. Segundo Walker, se não houver a obrigatoriedade de elaboração desses relatórios de uso da força, os policiais se tornarão virtualmente irresponsáveis por seus atos, pois virtualmente todo incidente pode ser escamoteado sob a desculpa da resistência e do uso necessário da força⁴⁷⁴. Esse relatório deveria conter não apenas as informações dos policiais envolvidos, mas deveria haver uma obrigação de colheita de

⁴⁷² Skolnick, 2002:14. Afirmam J.C. Assis *et al.*, 2008:120: “A razão de tal descrédito [dos autos de resistência] é o fato de policiais despreparados que, vulgarizando o instrumento, utilizam-no para capa para encobrir a prática de truculência e violência arbitrária”.

⁴⁷³ Sobre os relatórios de uso da força e sua relação com a *accountability* individual do policial, ver Walker, 2005:41-70. Nos EUA, o Departamento de Justiça expediu em 2001 um documento com recomendações de princípios gerais para o incremento da integridade da Polícia, entre os quais se encontram os seguintes: “O uso da força não legal deve ser objeto de um relatório de forma completa, factual e objetiva pelos agentes policiais aos seus supervisores para avaliação e revisão. Tais relatórios deve ser escritos. Para assegurar relatórios abrangentes do uso da força não-letal, os Departamentos de Polícia devem definir o conceito de ‘força’ de forma ampla. De forma geral, o uso da força que deve ser objeto de relatórios inclui o uso de armas de fogo, aparelhos de restrição eletrônica ou agentes químicos como *spray* de pimenta, bem como qualquer uso de socos, pancadas, chutes ou outros esforços físicos para realizar uma busca, controlar uma pessoa ou repelir um cidadão (com ou sem arma ou outro equipamento). O uso rotineiro de algemas não necessita ser considerado um caso de uso da força de relatório obrigatório” (Reno, 2001:5). Sobre a obrigatoriedade de confecção de relatórios para o órgão de controle externo da Polícia na Inglaterra (IPCC), em relação aos incidentes de uso do *taser* (pistola elétrica) que envolvam morte ou lesão grave, perigo ao público ou falha no cumprimento de orientações: IPCC, 2008:2.

informações sobre possíveis testemunhas, bem como a obrigatoriedade de realização de exames sobre os vestígios materiais do delito (análise das lesões corporais experimentadas pela pessoa abordada ou pelos policiais, exame balístico, outros vestígios materiais do uso da força). No caso de disparo de armas de fogo ou ocorrência de resultado letal, a investigação não pode ser conduzida pelo próprio policial envolvido no ato, sendo recomendável que seja conduzida diretamente pelo órgão central de controle interno da atividade policial ou pelo Ministério Público⁴⁷⁵.

No Brasil, a legislação já permite a construção de uma solução semelhante. Nos termos do art. 292 do CPP, se houver necessidade de uso da força no caso de resistência à prisão, é necessária a lavratura de um auto com indicação de duas testemunhas. Esse dispositivo tem sido reiteradamente negligenciado na práxis policial, mas sua aplicação é um derivado do postulado constitucional da vedação de arbitrariedades na atividade policial e da necessidade do seu efetivo controle. O dispositivo não menciona para quem o relatório será encaminhado e nem em qual prazo. Todavia, uma leitura do dispositivo guiada pelos princípios constitucionais que guiam a atividade policial, e a respectiva necessidade de controle dessa atividade, impõe a conclusão de que o órgão destinatário desse relatório deve ser o Ministério Público (enquanto órgão constitucional de controle externo da atividade policial). Essa comunicação deve ser imediata, pois todo uso da força é também um fato típico, e a fiscalização da efetiva situação de excludente da ilicitude decorrente do estrito cumprimento do dever legal (que justificaria uma não autuação em flagrante delito do policial que pratica uma lesão corporal no suposto cumprimento de seu dever) é uma atribuição exclusiva do titular da ação penal, o Ministério Público⁴⁷⁶.

Por trás dessa regra há uma norma-princípio mais geral, de que deve haver documentação e controle das diligências de uso da força. Apesar de o dispositivo referir-se exclusivamente à diligência de prisão, o princípio também se aplica por analogia a todas as demais situações em que há uso da força pela Polícia, ou seja, sempre que a Polícia precisar utilizar-se da força para executar uma diligência (revistas pessoais, buscas domiciliares,

⁴⁷⁴ Walker, 2005:42.

⁴⁷⁵ Indicando que nessas situações o próprio policial não pode investigar sua própria ação, ver recomendação do Departamento de Justiça dos EUA em Reno, 2001:5.

⁴⁷⁶ J.C. Assis *et al.*, 2008:121, argumentam que o auto de resistência deve ser lavrado em duas vias, uma encaminhada ao Comandante da Unidade, para a abertura de IPM para averiguar a efetiva ocorrência da

salvamente de reféns), deverá documentar tal situação de uso da força em um relatório, com duas testemunhas, e deverá encaminhar imediatamente esse relatório ao órgão constitucional de controle externo da atividade policial. Esse órgão é o Ministério Público.

O encaminhamento do relatório da diligência de uso da força ao Ministério Público é obrigatório, pois todo uso da força pela Polícia configura uma situação de ação típica (crime de constrangimento ilegal, eventualmente de lesão corporal) que será considerada lícita se for praticada no estrito cumprimento do dever legal (causa excludente da ilicitude, cf. art. 23, III, 1ª figura, do CP) e a configuração de tal excludente da ilicitude inclui a análise da excepcionalidade do uso da força e sua graduação segundo a menor intrusão possível diante das circunstâncias fáticas concretas. O Ministério Público é tanto órgão de controle externo da atividade policial como também é o titular exclusivo da ação penal e, portanto, possui a obrigação constitucional de tomar conhecimento das diligências de uso da força pela Polícia para controlar sua legalidade. A obrigação de relatar está prevista no art. 292 do CPP e uma interpretação conforme a Constituição (enquanto interpretação de maximização da realização possível do sistema de proteção aos direitos fundamentais segundo as possibilidades do texto normativo⁴⁷⁷) aponta seguramente para o dever de o Ministério Público controlar todas as diligências policiais de uso da força. Apenas através do controle de todas as diligências, ainda que legítimas, é que se poderão descobrir as diligências eventualmente ilegítimas e abusivas. Tais relatórios também são uma expressão do dever de transparência e de *accountability* na atividade policial, já que, se um policial utilizou-se de sua autoridade para praticar uma restrição a direitos fundamentais, deve prestar contas quanto à legalidade de sua atuação.

O descumprimento desse preceito pode configurar crime de abuso de autoridade, na modalidade, “ordenar ou executar medida privativa de liberdade sem as formalidades legais” (Lei n. 4.898/1965, art. 4º, “a”), já que a elaboração de um relatório de uso da força no caso de resistência para efetuar uma prisão, com indicação de duas testemunhas, é uma formalidade legal mandatória prevista no art. 292 do CPP.

resistência a legitimar as lesões graves ou morte, bem como outra via deve ser entregue à autoridade que lavrará o auto de prisão em flagrante, ficando implícito que tal auto de resistência deverá constar do IP respectivo.

⁴⁷⁷ Sobre esse aspecto da interpretação conforme à constituição, ver nosso comentário no item 3.2.1.4.

Além da obrigação do próprio policial em cumprir o referido art. 292 do CPP, é recomendável que haja uma instrução normativa nas instituições policiais que, no caso de ocorrer um incidente grave de uso da força (lesões corporais mais expressivas, resultado letal ou se há imediatamente reclamação pelo abordado de abuso de autoridade), deve haver um dever de comunicação imediata ao supervisor do policial ou ao órgão central de controle interno. Este terá um dever qualificado de recolher todas as informações relevantes imediatamente após os fatos, de forma a assegurar a maior lisura do esclarecimento de um eventual desvio⁴⁷⁸.

Um relatório desse tipo poderia ser utilizado como prova no tribunal, tanto para reforçar a credibilidade da informação policial reforçada diante de outras provas (testemunhal e pericial), ou para indicar uma possível dúvida diante da não colheita de outras provas que poderiam reforçar a credibilidade da palavra do policial (várias testemunhas presentes, mas nenhuma arrolada, vestígios materiais que poderiam ter sido colhidos, não o foram), indicando uma documentação tão relapsa da diligência de uso da força que acaba torna-a suspeita. A análise sistemática de tais relatórios também poderia reforçar a credibilidade das alegações de uso excessivo da força relativas a um policial específico, em situações em que haja uma quantidade anormal de queixas sobre o uso excessivo da força contra aquele policial específico, o que reforçaria a credibilidade das alegações de desvio num caso concreto, sempre se considerando a suficiência do quadro probatório específico (um argumento de reforço da verossimilhança de um quadro probatório que, por si, já indica a realização de um possível abuso de autoridade). A efetividade desse mecanismo de controle seria reforçada pela realização obrigatória de exames médicos assim que uma pessoa for presa, de forma a documentar as lesões e sua recenticidade, criando-se para as autoridades públicas uma obrigação de dar uma explicação plausível e acima de quaisquer dúvidas sobre a origem das lesões eventualmente apresentadas pelo preso. Em verdade, os princípios subjacentes a essa norma determinam a obrigatoriedade de documentação dos vestígios materiais decorrentes do uso da força, entre os quais a obrigatoriedade de realização de exame de lesões corporais *ad cautelam*, como forma de documentação efetiva da situação de

⁴⁷⁸ Segundo Walker, 2001:167, um dos problemas mais sérios de ausência de efetividade da investigação de desvios policiais é que normalmente a palavra do reclamante não é imediatamente levada a sério ou que os supervisores não tomam uma postura ativa logo após a notícia de um incidente de uso da força com resultados graves para recolher todas as possíveis informações relativas ao incidente. Também acrescenta (Walker, 2005:62 e Reno, 2001:5) que a recomendação do Departamento de Justiça dos EUA para os Departamentos de Polícia locais é que os incidentes mais sérios sejam investigados em primeira mão diretamente pelo órgão centralizado de controle interno da atividade policial (e não apenas pelo supervisor imediato).

uso da força pela Polícia. Ou seja, sempre que uma pessoa abordada pela Polícia em diligência de prisão apresentar lesões é obrigatória a realização de exames periciais de lesões corporais, ainda que a diligência tenha sido praticada dentro do estrito cumprimento do dever legal, pois apenas tal obrigatoriedade de exame de todas as situações de lesões corporais decorrente de abordagem policial poderá permitir a documentação de uma eventual abordagem abusiva⁴⁷⁹.

Especialmente no âmbito do uso de armas de fogo, toda utilização de armas de fogo deve ensejar a elaboração de um relatório para posterior encaminhamento ao Ministério Público. Isso porque todo disparo de arma de fogo constitui um fato típico (art. 15 da Lei n. 10.826/2003) e a ilicitude será retirada mediante a análise da efetiva situação de estrito cumprimento do dever legal (CP, art. 23, III). Não é crível que o art. 292 do CPP tenha criado, no âmbito de Sistema de Justiça Criminal, uma obrigação para a Polícia realizar um relatório para ela mesma (para o superior hierárquico do policial); esse relatório deve ser direcionado a um integrante do Sistema de Justiça Criminal. A autoridade competente para aferir a adequação dessa ação típica é o Ministério Público, enquanto titular da ação penal. Portanto, todo disparo de arma de fogo deve ensejar obrigatoriamente a elaboração de um “auto de disparo de arma de fogo”, a ser encaminhado ao Ministério Público⁴⁸⁰. Essa obrigatoriedade de controle posterior pelo Ministério Público é uma concretização do direito a um processo justo de averiguação dos possíveis desvios policiais, conforme já recomendado nos art. 22 e 23 dos Princípios Básicos da ONU sobre o uso da força e armas de fogo. Conferir:

22. Os Governos e os organismos de aplicação da lei devem estabelecer procedimentos adequados de comunicação hierárquica e de inquérito para os incidentes referidos nos princípios 6 e 11.f [houver resultado de lesões ou mortes no uso da força, ou sempre que houver uso de armas de fogo]. Para os incidentes que sejam objeto de relatório por força dos presentes Princípios, os Governos e

⁴⁷⁹ No DF, todos os presos provisórios, antes de serem recolhidos ao Centro de Detenção Provisória, são submetidos a exame de lesões corporais *ad cautelam*, ainda que afirmem que não possuem qualquer lesões.

⁴⁸⁰ Em sentido semelhante, no direito português, afirma G.M. Silva, 2001:121: “Cada vez que uma arma de fogo for utilizada, o caso deve ser referido prontamente às autoridades competentes”. A Corte de Cassação francesa possui precedentes recomendando que as autoridades judiciais (juízes e Ministério Público) realizem o controle da legitimidade dos disparos de armas de fogo (França, Corte de Cassação, Criminal, 18 fev. 2003, *apud* Guinchard e Buisson, 2009:496). Nos EUA, ver recomendação semelhante em Finn, 2001:98, que deve haver investigação de todo disparo de arma de fogo, mesmo que não haja lesão nem haja uma reclamação formal. No Brasil, nesse sentido, ver conclusões do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012: Enunciado A1 “Toda ação policial com resultado letal deve ser imediatamente notificada ao MP”; Enunciado A4: “É recomendável que o membro do MP requisite a instauração de IP por crime de homicídio para apurar os chamados ‘autos de resistência seguida de morte’”.

os organismos de aplicação da lei devem garantir a possibilidade de um efetivo procedimento de controlo e que autoridades independentes (administrativas ou do Ministério Público), possam exercer a sua jurisdição nas condições adequadas. Em caso de morte, lesão grave, ou outra consequência grave, deve ser enviado de imediato um relatório detalhado às autoridades competentes encarregadas do inquérito administrativo ou do controlo judiciário.

23. As pessoas contra as quais seja utilizada a força ou armas de fogo ou os seus representantes autorizados devem ter acesso a um processo independente, em particular um processo judicial. Em caso de morte dessas pessoas, a presente disposição aplica-se às pessoas a seu cargo.

Comentando esses dispositivos, afirma Lassa que “é evidente que os procedimentos exigidos por estas disposições podem dar origem a investigações sobre violações de direitos humanos cometidas pela polícia”⁴⁸¹. A obrigatoriedade de comunicação imediata ao *District Attorney Office* dos disparos de arma de fogo também consta de Recomendação do Ministério da Justiça estadunidense, concretizada no caso *United States vs. City of Los Angeles*⁴⁸².

No Brasil, essa recomendação também consta das diretrizes n. 10 e 24 da Portaria Interministerial n. 4226/2010 (MJ e SDH), que estabelece que:

10. Quando o uso da força causar lesão ou morte de pessoa(s), o agente de segurança pública envolvido deverá realizar as seguintes ações: [...]

c. comunicar o fato ao seu superior imediato e à autoridade competente;

d. preencher o relatório individual correspondente sobre o uso da força, disciplinado na Diretriz n.º 24.

[...]

24. Os agentes de segurança pública deverão preencher um relatório individual todas as vezes que dispararem arma de fogo e/ou fizerem uso de instrumentos de menor potencial ofensivo, ocasionando lesões ou mortes. O relatório deverá ser encaminhado à comissão interna mencionada na Diretriz n.º 23 e deverá conter no mínimo as seguintes informações: [...]

Assim, entendemos que os casos de uso da força com resultado de lesões, morte, ou ainda todos os incidentes de uso de armas de fogo (exceto obviamente os disparos em

⁴⁸¹ Lassa, 2001:238.

⁴⁸² EUA, U.S. District Court for the Central District of California, *Consent Decree*, § I.A.2, caso *United States vs. City of Los Angeles*, (15 jun. 2001), processo n. 00-11769, item 58, disponível em: <<http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/laconsent.htm>>, acesso em: 10 dez. 2010.

treinos), devem ser objeto de um auto de resistência que justifique a necessidade de utilização da força na situação concreta, explicitando seus pressupostos de fato e recolhendo as provas materiais de sua realização e indicado duas testemunhas, nos termos do art. 292 do CPP. Para os demais casos de uso da força sem resultado de lesões, é razoável que também haja a obrigação de elaboração de um relatório da diligência, mas que seu controle seja feito no nível interno da própria instituição policial, já que sua realização não configuraria crime (*rectius*: configuraria apenas a ação típica correspondente ao crime de constrangimento ilegal, que por sua menor gravidade justificaria a delegação da atribuição de controle à própria instituição policial, desde que seja efetivamente realizado). Ainda assim, o uso de força não lesiva deve ser objeto de escrutínio efetivo pela própria instituição policial, estando ainda nas atribuições do Ministério Público assegurar que exista efetivamente esse controle efetivo, sob pena de, diante da omissão de controle, ser obrigado a exigir a aplicação literal do art. 292 do CPP, consistente na obrigação da autoridade policial de elaborar auto de resistência para todo e qualquer ato de resistência à ação policial que justifique o emprego de força (ainda que não lesiva)⁴⁸³.

Finalmente, na elaboração do “auto de resistência” no caso de força letal, deve haver uma obrigatoriedade de o policial comunicar imediatamente (ainda que oralmente) os fatos ao órgão de controle interno, para que seja esse órgão o responsável pela elaboração do auto de resistência, recolhendo imediatamente as eventuais provas de que ocorreu (ou não) a alegada resistência e, diante de eventual indício de arbitrariedade, já providencie imediatamente os esclarecimentos necessários. Deve haver um protocolo de diligências a serem obrigatoriamente realizadas, especialmente a obrigação de conservação da cena do crime pelo policial e uma lista das diligências obrigatórias a serem realizadas pelo controle interno. Permitir que o próprio policial que efetuou uma morte em serviço investigue seu próprio eventual desvio é ridicularizar a seriedade do controle da atividade policial, fomentando naturais fraudes investigativas⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Sobre a relevância de haver um controle efetivo pelos supervisores, com revisão pelo controle interno, dos incidentes de uso de força não letal, ver recomendação do Departamento de Justiça dos EUA em Reno, 2001:6. Aliás, esse relatório recomenda até mesmo que os incidentes de abordagem policial de trânsito, ou abordagens de pessoas, sejam objeto de um relatório escrito ao supervisor hierárquico, com os dados relevantes da abordagem (v.g., sexo e raça, de forma a possibilitar eventual identificação de um padrão discriminatório de atuação de determinado policial).

⁴⁸⁴ Indicando que o auto de resistência tem sido distorcido para acobertar execuções praticadas por policiais (já que constam vários tiros, muitos pelas costas ou a queima-roupa na cabeça), ver Lyra *et al.*, 2004:30. A desculpa mais usual para o homicídio cometido pelo policial é o de que ele estava perseguindo um suspeito, que imaginou que tal suspeito estivesse armado e atirou defensivamente, verificando-se posteriormente que em verdade o suspeito

Para a efetividade desse sistema de relatórios obrigatórios do uso da força (decorrentes do art. 292 do CPP, numa interpretação conforme a Constituição), deve-se providenciar a devida recomendação de cumprimento obrigatório da norma aos policiais, e também o treinamento sobre a forma como se deve cumprir tal obrigação de relatório. Finalmente, tais relatórios continuados de uso da força pelos policiais, quando submetidos a um procedimento de análise crítica continuada, são uma importante ferramenta para a própria instituição policial administrar de forma eficiente seu pessoal, diagnosticando de forma pró-ativa as eventuais situações de potencial desvio e realizando intervenções precoces para corrigi-las⁴⁸⁵.

Outra forma de se avaliar processualmente o uso da força será na análise detida dos termos circunstanciados em casos de embates entre cidadãos e a Polícia, especialmente nos casos de resistência, desobediência e desacato. Nessas hipóteses é necessário analisar se um eventual abuso de autoridade não está encoberto na atuação do cidadão, bem como se o policial utilizou-se de todas as medidas táticas adequadas para evitar o confronto com o cidadão⁴⁸⁶.

Obviamente, essa efetividade também fica a depender de uma análise séria e profissional pelo Ministério Público de tais relatórios, analisando não apenas os aspectos relacionados à aplicação de uma sanção criminal, mas também e especialmente ao aprimoramento da atuação policial como um todo, a modificação das causas estruturais de possível ocorrência de um desvio policial⁴⁸⁷. Por isso que não é possível pretender que todas as diligências policiais sejam submetidas ao controle pelo Ministério Público, apenas as mais

estava desarmado. Armacost, 2004:503, relata o caso do Departamento de Polícia de *Prince George's County*, no qual, durante os anos de 1990 a 2001 houve 122 casos de tiros contra suspeitos, com 47 casos de morte fatal, todos com a mesma “justificação” acima indicada, e todos os casos foram considerados “legítimos” pelo Departamento de Polícia.

⁴⁸⁵ Sobre os *early warning systems*, ver Walker, 2005: cap. 5.

⁴⁸⁶ Sobre a necessidade de, nos confrontos entre policiais e cidadãos, analisar-se a tática policial para se minimizar o risco de confronto com o cidadão, ver EUA, U.S. District Court for the Central District of California, *Consent Decree*, § I.A.2, caso *United States vs. City of Los Angeles*, (15 jun. 2001), processo n. 00-11769, item 70, disponível em: <<http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/laconsent.htm>>, acesso em: 10 dez. 2010.

⁴⁸⁷ Destacando o aspecto central da alteração de padrões de atuação como um dos “produtos” mais relevantes do processo de investigação de desvios policiais, ver Noble e Alpert, 2009:207. Nos EUA, o LAPD criou sistemas de relatórios obrigatórios para quando houver o uso de força e quando se empregar arma de fogo, ainda que não tenha surgido qualquer vítima concreta; a questão é que, além de serem criados esses relatórios, é necessário que haja uma análise sistêmica desses dados, para realizar o diagnóstico precoce de casos que potencialmente evoluirão para desvios sistemáticos. Segundo relatório da Comissão Christopher (Christopher, 1991:36-38, 55-63), a maioria dos policiais problemáticos do LAPD, à época do relatório, já tinham um elevado número de reclamações na Corregedoria e um padrão desviante de atuação já estava patente em seus relatórios de emprego da força dos últimos anos, mas a falha em diagnosticar tal padrão excessivamente violento proporcionou que ele continuasse e se fortalecesse.

relevantes ante o nível potencial de intrusão em direitos fundamentais (segundo nossa posição, os casos que geram lesões corporais e os disparos de arma de fogo). Quando o Ministério Público fica sobrecarregado com relatórios de atividades policiais, há o risco concreto de que a análise desses relatórios se torne meramente formal e superficial, numa convalidação cega das informações contidas no relatório, o que pode gerar dois fenômenos: ou a disciplina policial nunca será exercida, ou ela será tão excepcional que sua eventual aplicação transparecerá aos policiais como um ato de arbitrariedade, o que fortalecerá os laços informais de solidariedade entre os policiais para evitarem essas punições excepcionais (como o código do silêncio)⁴⁸⁸. Por isso, a *accountability* deve ser seletiva, para os casos de maior gravidade, para poder ser efetiva em sua realização.

4.9.3 *Segue: uso de algemas*

O uso de algemas é uma forma de constrição física aplicada sobre pessoa presa, destinado a assegurar a manutenção da restrição de liberdade, para impedir sua fuga e a manter a ordem pública⁴⁸⁹. O uso da força para fazer vencer a natural resistência que uma pessoa possa opor à efetivação de sua prisão está genericamente regulamentado nos art. 284 e 292 do CPP, que prevêem:

Art.284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

O uso de algemas se trata, portanto, de uma forma de uso da força física contra a pessoa presa, que se reconduz à aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, apenas se justifica o uso de algemas se a medida for adequada (em regra ela o é), se for necessária (há razões concretas que exigem um reforço de segurança para a manutenção da restrição de liberdade do preso e inexistente outro meio menos grave de se assegurar essa restrição) e proporcional (deve-se ponderar os demais interesses em colisão no caso concreto).

⁴⁸⁸ Realizando essa análise: Jobard, 2002:191.

O regramento legal do uso de algemas é deficiente, mas já permite delinear uma normatividade mínima sobre o tema. Assim, o art. 199 da Lei de Execuções Penais prevê que “O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”, todavia até a presente data tal decreto não foi editado.

O art. 234 do CPPM, que regulamenta o uso da força no âmbito em relação aos crimes militares, estabelece:

Art. 234. O emprego de força só é permitido quando indispensável, no caso de desobediência, resistência ou tentativa de fuga. Se houver resistência da parte de terceiros, poderão ser usados os meios necessários para vencê-la ou para defesa do executor e auxiliares seus, inclusive a prisão do ofensor. De tudo se lavrará auto subscrito pelo executor e por duas testemunhas.

Emprego de algemas

§ 1º O emprego de algemas deve ser evitado, desde que não haja perigo de fuga ou de agressão da parte do preso, e de modo algum será permitido, nos presos a que se refere o art. 242.

O art. 474, § 3º, do CPP, estabelece: “Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”. Aqui se poderia argumentar que, além da excepcionalidade em geral do uso de algemas, no caso está em consideração a manutenção presunção de inocência pelos jurados, pois o uso de algemas poderia induzir nos jurados um prejulgamento em relação ao réu. Todavia, essa norma também prevê uma regra geral de que o uso de algemas em julgamentos é excepcional.

Em sentido semelhante, a Lei n. 9.537/1997, art. 10, III, prevê que o Comandante de uma embarcação poderá “ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga”. Trata-se de uma detenção momentânea de liberdade para assegurar-se a segurança (finalidade de prevenção), até a chegada em um porto (v.g., passageiro tem um ataque de nervos e coloca em risco a segurança da embarcação). Essa norma, apesar de específica, possui um princípio por trás, o de que a autoridade responsável pela manutenção da segurança pode determinar uma imobilização momentânea de uma pessoa se isso

⁴⁸⁹ Ver genericamente sobre o tema: Haddad, 2000:121; L.F. Gomes, 2002; Fudoli, 2008; Nucci, 2008:580; J.C.

for necessário à manutenção da ordem pública, consideradas as circunstâncias concretas do caso⁴⁹⁰.

Caso se exorbite no uso das algemas, tal conduta poderá configurar crime de abuso de autoridade, nos termos da Lei n. 4.898/1965, art. 3º, “i” (“atentado contra a incolumidade do indivíduo”) e art. 4º, “b” (“submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”).

Em muitas situações, o uso da algema está ligado à exposição midiática do preso, que é transportado algemado com a finalidade de causar-lhe vexame e constrangimento, quando em verdade deve-se assegurar sua presunção de inocência até a conclusão do julgamento criminal.

Finalmente, o STF, interpretando todos esses dispositivos, editou a Súmula Vinculante n. 11, que estabelece que⁴⁹¹:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado.

Esse dispositivo sintetiza os os diversos princípios legais já existentes, estabelecendo que o uso de algemas é excepcional e a necessidade de sua utilização é aferida por dois critérios: (i) fundado receio de fuga; e (ii) perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros. Essa parte final prende-se à eventual necessidade de manter-se a segurança quando policiais realizam a diligência em ambientes hostis, como área de elevada criminalidade, em que uma possível reação de terceiro para resgatar o preso, facilitada pelo não uso de algemas, poderia colocar em risco toda a equipe de policiais⁴⁹². Dificilmente a atuação de grupos de operações especiais em áreas de elevada criminalidade deixará de necessitar do uso de

Assis *et al.*, 2008:58-62; Guerra Filho, 2010; R.S. Souza e Silva, 2010:106-108; R. Greco, 2012:39.

⁴⁹⁰ Comentando norma semelhante na Alemanha, Roxin, 2000:280, afirma que se trata de uma detenção com finalidade preventivo-policia. Na Inglaterra também há uma detenção policial quando se presume que a pessoa está na iminência de praticar um crime, para evitar a prática de lesões ou danos (PACE 1984, art. 24.1.c e 24.5.c.i e iii).

⁴⁹¹ Para uma análise dos precedentes que justificaram a edição da Súmula Vinculante n. 11, ver Fudoli, 2008.

⁴⁹² Ver comentários dos Ministros do STF quando da votação da edição da Súmula Vinculante n. 11.

algemas, para a proteção dos policiais e dos civis próximos⁴⁹³. É possível em determinadas situações que o preso esteja tão transtornado que ele seja um perigo para si mesmo (v.g., tentativa de suicídio ou grave abalo psíquico), situação em que uma interpretação teleológica dos princípios aplicáveis deve permitir o uso de algemas para sua própria proteção.

Essa visão de necessidade também informa o uso de algemas, pois se houver necessidade apenas de imobilização para efetuar a prisão, essa deve ser realizada mediante técnicas que minimizem as possíveis lesões no abordado (princípio da necessidade)⁴⁹⁴. Se a pessoa a ser presa não esboça reação e apresenta-se em colaboração com as autoridades, não se justifica, a princípio o uso de algemas, apenas a condução mediante dois policiais segurando-a pelos braços⁴⁹⁵. Também deve levar em consideração os possíveis efeitos colaterais do uso de algemas. Por exemplo, deve-se evitar o uso de algemas em um cidadão diante de seus filhos, com o risco de um sério abalo psíquico nas crianças, quando dois policiais, segurando-o um de cada lado, poderiam levá-lo para a viatura policial ou para um local mais recatado para se colocar as algemas⁴⁹⁶. Nessas situações de desnecessidade aparente de uso de algemas, deve-se informar ao preso que ele será conduzido sem algemas e caso ele esboce qualquer reação, a Polícia irá determinar a utilização das algemas (privilegiando-se o princípio da necessidade com o prévio aviso da utilização de meio mais gravoso em caso de recalcitrância).

Essas duas finalidades de utilização das algemas (perigo de agressão ou probabilidade de empreender fuga) também estão indicadas no art. 803 do CPP francês, que regulamenta o tema. Uma circular geral de 1 mar. 1993 estabelece que referido artigo do CPP⁴⁹⁷:

[...] aplica-se à escolta de qualquer pessoa detida em flagrante, presa preventivamente, ou condenada. Devem os funcionários da escolta apreciar, tendo em consideração as circunstâncias do caso, a idade e os antecedentes de

⁴⁹³ R. Greco, 2012:39.

⁴⁹⁴ J.C. Assis *et al.*, 2008:62 indicam caso em que utilizou-se gesso para imobilização do braço direito do preso altamente perigoso, como forma de minimizar sua capacidade de fuga. Nessa situação, o gesso é um equivalente funcional das algemas, devendo guiar-se pelos mesmos princípios.

⁴⁹⁵ Essa análise é complexa, pois, como lembra Bittner, 2003:198: “uma prática comum é colocar algemas em todos os suspeitos de delitos graves para evitar ataque ou fuga. A consequência é que provavelmente são algemadas mais pessoas do que seria necessário, mas é igualmente provável que tal procedimento reduza o número daqueles que poderiam, caso contrário, receber bordoadas ou tiros”. Sobre a prisão em flagrante decorrente de apresentação voluntária, há inclusive quem defenda que não seria admissível efetivar-se a prisão em flagrante: Rangel, 2009:704.

⁴⁹⁶ Exemplo em Valente, 2009b:176.

⁴⁹⁷ Essa circular sobre o uso de algemas foi referida pelo TEDH no julgamento: TEDH, *Darraj vs. França*, 4 nov. 2010.

personalidade recolhidos sobre a pessoa escoltada, a realidade dos riscos que justificam o uso de algemas ou outros mecanismos de imobilização, de acordo com a vontade do legislador.

Sob reserva de circunstâncias particulares, uma pessoa detida após se apresentar voluntariamente, uma pessoa de idade avançada ou com estado de saúde que reduzam sua capacidade de movimentos [...], não são capazes de apresentar os riscos previstos pela lei [...].

Em relação aos menores, a característica da exceção estabelecida pela lei à utilização de algemas e de outras restrições à liberdade deve ser mais ressaltada. A apreciação do risco deverá, então, ser particularmente acurado [...]

Em caso julgado pelo TEDH, aquela Corte Internacional estabeleceu que o uso de algemas se reconduz à lógica do uso da força por agentes de polícia, sempre excepcional, a qual é protegida pela cláusula de vedação de tratamentos desumanos ou degradantes (art. 3º da CEDH). Além das duas tradicionais hipóteses de utilização de algemas, o TEDH também a admitiu para evitar a supressão de provas do local do crime⁴⁹⁸.

Além dessas limitações materiais, o STF considerou adequada a aplicação analógica do 234, caput, do CPPM, a todas as hipóteses de uso de algemas, estabelecendo ser sempre necessário elaborar (normalmente após a diligência) um relatório escrito justificando os motivos concretos que ensejaram o uso da algema, para que se possibilite a posterior aferição da legalidade da diligência. Aliás, em sentido semelhante já prevê o art. 292 do CPP para as diligências de resistência em geral, sendo o uso de algemas considerado assim uma dessas formas de uso da força diante de resistência. Assim, na ocorrência feita pela Polícia Militar, na ocorrência da Polícia Civil ou no próprio auto de prisão em flagrante deverão estar indicados os motivos que justificaram o uso das algemas, quem ordenou sua colocação, se houve intercorrências durante a imobilização e, se possível, duas testemunhas da diligência que não sejam policiais⁴⁹⁹. Se o fato for documentado apenas na ocorrência policial militar, esta deverá ser juntada aos autos do IP, para posterior análise pelo juiz e pelo Ministério Público.

Se a tentativa de fuga ou de agressão já foi efetivada, o uso de algemas já está justificado para evitar sua reiteração. Se o perigo não é efetivo mas potencial, deve-se

⁴⁹⁸ TEDH, *Raninen vs. Finlândia*, 16 dez. 1997, § 56. Ver ainda: TEDH, *Rivas vs. França*, acórdão n. 59584/00, 1º abr. 2004.

⁴⁹⁹ Sobre as formas de documentação, ver R. Greco, 2012:40. Em sentido semelhante, sobre o dever de justificação na ocorrência policial, ver recomendação de Brasil, SENASP, 2010:45.

fundamentar concretamente o motivo da fundada suspeita de necessidade de uso de algemas. No caso de detenção de pessoas que praticaram crimes com violência contra a pessoa, que já possuem vasto histórico de antecedentes criminais, que estão concretamente envolvidos em atividades de organizações criminosas violentas, em de detenções em situações de instabilidade para os policiais, com risco de intervenções de terceiros para resgatar o preso, aparentemente o uso de algemas se justificará pela própria situação. Havendo dúvidas quanto à necessidade ou não de utilização das algemas, deve-se privilegiar a proteção da segurança dos policiais e demais pessoas presentes, aplicando-se o princípio da precaução (numa situação de verdadeiro *in dubio pro societatis*). Isso porque o direito à segurança dos policiais e demais pessoas presentes no ato de prisão, ou durante uma audiência judicial, também é um valor constitucional relevante e, em caso de dúvida razoável, prevalece sobre a presunção de inocência do preso. O que se procura afastar com a referida Súmula Vinculante são as situações de evidente abuso em sua utilização, como a exposição midiática ou ao público de pessoas detidas que não apresentam, concretamente, um risco de fuga, apenas como instrumento de estigmatização social e afirmação de poder simbólico.

Essa regra também se aplica às escoltas de presos provisórios às audiências judiciais, bem como durante a audiências. Durante o período de traslado do preso, a competência decisória sobre o uso de algemas é a do policial responsável pela equipe de escolta. Durante a audiência judicial, a decisão sobre o uso de algemas é do juiz (cf. seu poder de polícia previsto no art. 794 do CPP). Ainda é admissível *habeas corpus* preventivo, dirigido ao juiz da causa criminal, para eventualmente assegurar o direito de não ser transportado com algemas do presídio até a sala de audiências⁵⁰⁰. Caso o preso tenha histórico de uso de violência física, mau comportamento carcerário ou o local da audiência seja especialmente vulnerável, poderá o juiz fundamentadamente determinar a manunção das algemas durante a audiência; mas essa utilização é sempre perspectivada como uma exceção à regra decorrente da presunção de inocência e da subsidiariedade na utilização de instrumentos de coerção⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Conforme um dos precedentes que justificou a edição da Súmula Vinculante n. 11: STF, 2ª T., HC 71.195, rel. Min. Francisco Rezek, j. 25.10.94.

⁵⁰¹ Sobre essa excepcional necessidade de uso de algemas em audiências, para proteção da segurança dos policiais e demais pessoas presentes no recinto da sala de audiências, ver Fudoli, 2008.

4.10 Vedação de utilização de provas ilícitas como sanção processual dissuasória da reiteração do desvio policial

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CRFB/1988, art. 5º, LVI) está diretamente relacionado com a proteção jurídica contra possíveis desvios policiais. Como visto anteriormente, muitos dos desvios policiais são praticados como formas de “atalhos à legalidade”, ou seja, pequenas violações de direitos vistas como necessárias para a eficiência do esclarecimento de um crime. Assim, a exclusão das provas obtidas por meios ilícitos representa um contra-incentivo organizacional aos desvios policiais praticados com a finalidade de assegurar a eficiência da investigação criminal. Apesar de ser uma sanção processual, analisamo-la nesse tópico por estar integrada ao sistema de proteção jurídica contra o desvio policial, sendo objeto tanto da fiscalização do Ministério Público quanto do juiz com atuação na fase preliminar⁵⁰².

Para exercer sua função de proteção penal dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a aplicação do direito penal ao caso concreto, o Estado precisa reconhecer quais fatos foram praticados. Essa reconstrução processual dos fatos dá-se dentro de um procedimento legalmente previsto, e os fatos são revelados ao juiz através das provas produzidas pela acusação e pela defesa. Considerando que o ônus da prova do fato imputado ao réu pertence à acusação, ela é quem deve desincumbir-se primeiramente dessa tarefa de comprovar o fato criminoso e, via de regra, a acusação obtém as provas para serem sustentadas em juízo numa fase preliminar à ação penal, a fase da investigação.

Há uma dicotomia entre a verdade dos fatos (dita usualmente “verdade real”) e a “verdade” produzida no processo (dita “verdade processual”, mas que em realidade é apenas um processo de tentativa de reprodução dos fatos no processo). Há quem defenda que o processo deve perseguir a qualquer custo a verdade real, enquanto outros, considerando impossível essa obtenção, argumentam que o processo deve contentar-se com uma verdade meramente processual⁵⁰³. Todavia, esse conflito de princípios é meramente aparente, pois, por um lado,

⁵⁰² Relacionando a fiscalização das proibições de prova como uma das demandas de atuação do “juiz das liberdades” na fase das investigações, ainda que não sejam um remédio suficiente para a tutela dos direitos fundamentais, v. Mata-Mouros, 2011:291-370.

⁵⁰³ Sobre as diversas concepções filosóficas de verdade, ver Chauí, 2003:95-103. Sobre a dicotomia entre verdade real e verdade processual, ver M.A. Barros, 2002 e F.N. Baptista, 2001. Sobre os limites inerentes à descoberta da verdade no processo, ver Ferrajoli, 2002:38-57.

realmente é impossível ao Estado assegurar que em todas as situações a reconstrução processual dos fatos seja absolutamente idêntica à realidade, mas por outro lado não se pode conceber um processo justo fora do quadro da aproximação limite da realidade processualmente construída com a efetiva verdade⁵⁰⁴, o que permite a admissão suplementar de poderes de iniciativa probatória pelo juiz na fase judicial⁵⁰⁵.

A atividade de investigação criminal guia-se pelo princípio da busca da verdade. A inexistência de uma verdade absoluta no processo não diminui o valor da verdade enquanto valor inerente ao conceito de justiça. Não há verdadeiramente uma justiça fora da tentativa séria de reconstrução histórica dos fatos no processo, pois uma decisão fundada em fatos flagrantemente dissociados da realidade não teria aceitação social. Segundo Hassemer, há um “modelo de compreensão cênica do processo penal”, com o qual se ordena a produção do caso de forma a ser assimilado como verdadeiro e justo pela cultura e pelo esquema de racionalidade da

⁵⁰⁴ Sobre o tema, afirma Taruffo, 2005:86, discorrendo sobre o dever de a decisão judicial basear-se em uma reconstrução o mais verdadeira possível dos fatos, através das regras de prova, afirma: “tudo isso não tem sentido se não se reconhece que a função própria e exclusiva da prova é a de oferecer elementos para a eleição racional da versão dos fatos que se pode definir como verdadeira”. Sobre o falso dilema entre verdade material e verdade processual, também nos manifestamos alhures (Ávila, 2007:78): “Dessas breves considerações, conclui-se que o dilema entre verdade material e verdade processual é exclusivamente aparente. Não existe uma verdade material plena no processo. Ela é sempre uma meta, um horizonte axiológico, sabendo-se que lá jamais se irá chegar em todos os casos, mas que a verdade no processo (a verossimilhança fática, ou probabilidade lógica da hipótese a partir dos elementos processuais de confirmação) se legitima mediante a observância de garantias processuais de validade. Como já afirmava Aristóteles, ‘nunca se alcança a verdade do todo, nem nunca se está totalmente alheio a ela’. Existe, portanto, um princípio de busca da verdade, a verdade atingível dentro das limitações intrínsecas do processo, mas preordenada a uma aproximação limite com a verdade material. Uma verdade que se legitima pela observância ao procedimento, mas que este também deve estar orientado a uma visão de proporcionalidade intrínseca ao devido processo penal”.

⁵⁰⁵ Historicamente, os dois princípios têm sido ligados a uma maior ou menor possibilidade de o juiz conformar-se com o material probatório produzido pelas partes, podendo ter uma maior iniciativa de procurar novos meios prova (caso se considere que a verdade real é um princípio estruturante do processo) ou devendo conformar-se com o material probatório produzido pelas partes (caso se entenda que ele deve contentar-se com uma verdade meramente processual). Há quem procure essa conformação do juiz à verdade processual ao processo acusatório e a sua liberdade de investigação ao processo inquisitivo (v.g., Mittermaier, 2004:46-56.), todavia essa equiparação não é totalmente correta, pois o sistema acusatório pode admitir tanto uma passividade judicial quanto também pode conviver com uma maior liberdade regrada de iniciativa probatório pelo juiz (M.F. Andrade, 2008:227). O fato é que o processo penal moderno, além de não acolher inteiramente um determinado modelo processual histórico, procura construir de forma racional os mecanismos de depuração das possíveis arbitrariedades e, nessa linha, a adoção de um modelo acusatório, com uma possibilidade residual de iniciativa probatória complementar pelo juiz, tem se mostrado o modelo mais adequado à preservação de todos os interesses envolvidos na problemática. Nesse sentido, no Brasil, ver Tucci, 2004:30; Badaró, 2003:195-199; M.A. Barros, 2002:135-140; Jardim, 2005:45. Em Portugal, J.F. Dias, 2004:71-72 e 192, defende a existência de um sistema acusatório com princípio de investigação (ou instrução); tal princípio está positivado no CPP português, art. 323, alíneas “a”, “b” e “c”; comentando esse dispositivo, afirma M.L.M. Gonçalves, 2009:750, que “neste artigo está bem aflorado o modelo de audiência que o Código perfilhou: de composição do sistema acusatório pelo sistema de investigação

respectiva sociedade⁵⁰⁶. A prova é, assim, uma instituição destinada a assegurar o consenso do grupo social sobre a justiça da decisão, um verdadeiro mecanismo de legitimação da decisão⁵⁰⁷. Ainda que a verdade absoluta não seja plenamente alcançável, ela é o horizonte axiológico da atividade de investigação e de julgamento.

Portanto, o princípio da busca da verdade na fase da investigação está diretamente ligado ao direito à prova a ser exercido na futura ação penal, ligado à garantia mais ampla de acesso ao Judiciário. O direito fundamental à prova abrange o direito à investigação, sendo uma garantia fundamental tanto da defesa quanto da acusação (mas especialmente a este última, já que a presunção de inocência impõe à acusação o ônus de superar esse estado inicial do suspeito)⁵⁰⁸. Nas palavras de Gössel, “o problema da prova vem enquadrar-se entre os interesses do Estado a um efetivo procedimento penal, enquanto comunidade jurídica, e os interesses do indivíduo à proteção de seus direitos pessoais”⁵⁰⁹.

Ainda que se reconheça esse direito à prova, tal direito não é absoluto, há limitações à atividade probatória, estabelecidas por fundamentos processuais ou extra-processuais. As limitações processuais são estabelecidas para assegurar a veracidade da informação, evitando-se equívocos que possa induzir a erro o julgador. Já as finalidades extra-processuais possuem finalidades políticas, são destinadas a proteger determinadas relações (os privilégios de não testemunhar, como no caso de médicos, advogados, jornalistas ou parentes) ou são destinadas a desestimular determinadas práticas ilícitas (é o caso da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos)⁵¹⁰. Apesar da multiplicidade de terminologias relativas à classificação das vedações de prova, no Brasil há certa uniformidade no tema, utilizando-se a doutrina nacional da terminologia de Nuvolone, introduzida por Grinover, indicando-se as provas vedadas como gênero e as provas ilícitas e ilegítimas como espécies⁵¹¹; a prova ilegítima é a

objetiva e imparcial por parte do tribunal, máxime nas als. a), b) e c)”; ver ainda VVAA, 2009:796. Na Itália, o art. 507 do CPP também permite ao juiz iniciativa probatória supletiva às partes: ver Illuminati, 2000:668-670.

⁵⁰⁶ Hassemer, 2005:214-215.

⁵⁰⁷ Gomes Filho, 1997:13; Dinamarco, 2000:293-7.

⁵⁰⁸ Sobre o direito à prova da acusação e sua relação com o direito à investigação, ver Gomes Filho, 1997:84; Tucci, 2004:55; Ávila, 2007:87-93

⁵⁰⁹ Gössel, 1991:675.

⁵¹⁰ Gomes Filho, 1997:96-104; López Ortega, 1999:128.

⁵¹¹ Grinover, 1982:96-99. Sobre a adesão da doutrina brasileira a essas categorias, ver Ávila, 2007:95.

obtida com violação de normas processuais, e tem como sanção a nulidade, enquanto a prova ilícita é obtida com violação a normas materiais e tem como sanção a inadmissibilidade⁵¹².

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos possui basicamente duas finalidades: o efeito dissuasório de reiteração de violações na fase investigativa e a eticidade do processo (*fair trial*)⁵¹³. A origem histórica da vedação de provas ilícitas está ligada à necessidade de se criar um mecanismo eficiente de proscrição de abusos na fase investigativa⁵¹⁴. Nesse sentido, a jurisprudência estadunidense criou a *exclusionary rule of illegally obtained evidence* a partir da necessidade de se evitar a prática pela Polícia de violações aos direitos dos cidadãos reconhecidos na Constituição estadunidense e respectivas emendas⁵¹⁵. Ela também está ligada à teoria tedesca de que as proibições de prova são instrumentos de proteção dos direitos fundamentais (*Schutzinstrumente der Grundrechte*)⁵¹⁶. Segundo Costa Andrade, o fim de proteção, ainda que não seja o único princípio de sistematização, é o “horizonte axiológico” no qual se insere a problemática das proibições de prova⁵¹⁷. Para Gómez Colomer, a vedação das

⁵¹² Defendemos em Ávila, 2007:94-100, que as provas ilícitas se caracterizam por serem violações a direitos fundamentais materiais mediante ações extraprocessuais, devendo-se reservar às violações processuais o regime das nulidades e não da ilicitude probatória.

⁵¹³ Gössel, 2001, § 131, indica as seguintes justificativas da inadmissibilidade das provas ilícitas: “[...] a função de ‘promover à vítima de um meio jurídico efetivo’ de proteger a averiguação da verdade do tribunal da utilização de ‘meios e vias’ por experiência cheios de defeitos, de manter a pureza do procedimento ou de assegurar a superioridade moral do Estado, ‘de quitar às autoridades da persecução penal o incentivo para a obtenção antijurídica de meios de prova’ ou de apartar possíveis ‘perigos para a efetividade especialmente preventiva da pena’ por um comportamento estatal incorreto durante a averiguação dos fatos, da mesma maneira que aquelas para a função preventiva geral da pena, em que se encontra ‘a conservação e criação da conscientização de valores éticos sociais’”. Florian, 1982:48, sintetiza tais finalidades em três: “[1] se evitem arbitrariedades, [2] se tutelem os direitos dos sujeitos processuais e [3] tenha eficaz proteção a probidade do juízo”. As duas últimas finalidades indicadas por Florian podem ser sintetizadas no *fair trial*.

⁵¹⁴ Nesse sentido: Gonzalez-Cuellar Serrano, 1990:331-332.

⁵¹⁵ O precedente mais relevante sobre o tema é o caso *Mapp vs. Ohio* (1961), seguido dos casos *Miranda* (direito à informação quanto ao direito ao silêncio) e *Gideon* (direito de assistência de advogado), pois até o caso *Mapp* a *exclusionary rule* era limitada às buscas e apreensões (4ª Emenda), e após o precedente estendeu-se a proteção também à 5ª e 6ª Emendas. Para uma visão da evolução histórica da *exclusionary rule*, ver Fidalgo Gallardo, 2003:95-215. Indicando a finalidade central da *exclusionary rule* como sendo o *deterrent effect* (e não centralmente a *judicial integrity*) e criticando tal posição ante a existência de outros possíveis remédios para deter a violação policial, ver *ibidem*: 297-374. A síntese dessa posição está no precedente estadunidense *Elkins vs. US* (1960), para o qual “a regra está calculada para evitar, não para reparar. Seu propósito é dissuadir – impor respeito pela garantia constitucional da única maneira efetivamente disponível – mediante a remoção do incentivo para ignorá-la”. Ver Fidalgo Gallardo, 2003:302.

⁵¹⁶ Gössel, 2001, § 138.

⁵¹⁷ M.C. Andrade, 1992:106-7.

provas ilícitas é um instrumento destinado a assegurar o respeito aos limites da investigação criminal⁵¹⁸.

Todavia, ao lado da finalidade de proteção da vedação de provas ilícitas, há ainda a finalidade de se assegurar o *fair trial*, que não se coloque o investigado em uma situação que não coloque em cheque o respeito à sua liberdade pessoal, de forma que a grave violação de sua dignidade venha causar a injustiça do julgamento como um todo. Também está ligada à função de pacificação do direito penal, não sendo admissível a substituição da criminalidade privada pela criminalidade pública. Todavia, essa perspectiva de violações de direitos que acarreta a contaminação do julgamento como um todo está limitada às graves violações de direitos humanos, especialmente a instrumentalização do investigado mediante a tortura, interrogatórios coativos e outras. Nas situações menos graves, a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas deverá necessariamente articular-se, à luz do princípio da proporcionalidade, com os demais interesses concretamente em jogo, através de um equilíbrio dinâmico entre as diretrizes constitucionais de garantia contra arbitrariedades e de funcionalidade do processo penal⁵¹⁹. Essa composição dá-se, especialmente, mediante a proscrição das provas ilícitas como uma regra geral às violações graves de direitos fundamentais, e a construção de exceções tópicas a essa regra, especialmente diante do abuso de garantias constitucionais, de uma atuação de boa-fé pelas autoridades policiais, da descontaminação posterior da ilicitude original (por renovação do ato ou por confirmação de seu teor pelo titular do direito), da mitigação da regra da inadmissibilidade diante de violações por particulares, da violação dos direitos de terceiros ou diante de um erro inócuo, ou ainda uma especial consideração da gravidade do crime como critério argumentativo para, juntamente com outras exceções, justificar uma relativização da regra de exclusão, bem como através das exceções às provas ilícitas por derivação (descoberta inevitável, fonte independente ou vício diluído)⁵²⁰.

O TEDH reconhece na vedação de uso de provas ilícitas um importante instrumento de profilaxia de desvios policiais. O TEDH tem reiteradamente reconhecido que a CEDH estabelece uma obrigação aos estados aderentes de protegerem de forma eficiente seus

⁵¹⁸ Gómez Colomer, 2004:103-107.

⁵¹⁹ Não cabe aqui solucionar esse problema secular do processo penal. Procuramos delinear uma teoria geral para a solução do problema em Ávila, 2007 (sobre a articulação das duas perspectivas, ver especialmente *ibidem*: 120-130).

cidadãos e demais pessoas em seu território de violações a seus direitos fundamentais, inclusive de violações contra outros particulares, de forma que a proteção penal desses direitos revela-se como uma obrigação positiva dos estados membros. Todavia, no balanceamento das exigências de defesa social e de proteção de garantias individuais, o TEDH entende que a CEDH estabelece aos estados aderentes uma obrigação positiva de proteção, mas não permite que os estados protejam os indivíduos de comportamentos criminais de uma pessoa usando medidas que violem os direitos convencionais dessa mesma pessoa⁵²¹. Assim, o TEDH também considera que a Polícia não pode utilizar-se, em sua atividade de investigação criminal, de métodos de obtenção da prova que possam ser considerados ultrajantes da dignidade da pessoa humana.

Para se apurar a justiça do julgamento como um todo, deve-se considerar também se os direitos de defesa foram respeitados, especialmente se o recorrente teve a oportunidade de impugnar a autenticidade das provas e opor-se ao seu uso, bem como deve-se levar em consideração a qualidade da prova, especialmente se as circunstâncias nas quais ela foi obtida gerar dúvidas sobre sua veracidade e fidedignidade⁵²².

O TEDH também considera que não é sua atribuição, em princípio, estabelecer quais tipos específicos de provas (v.g., provas obtidas em desacordo com leis domésticas) podem ou não ser admissíveis, pois tal é uma atribuição do direito doméstico; o TEDH deve analisar a justiça do procedimento como um todo, incluindo a forma na qual a prova foi obtida e avaliar especificamente se uma prova concreta corresponde a uma violação de um dispositivo da CEDH⁵²³.

⁵²⁰ Ávila, 2007:199-276.

⁵²¹ Ver, v.g., o caso TEDH, *Jendrowiak vs. Alemanha*, 14 abr. 2011, no qual o TEDH declarou que viola a CEDH o fato de a Alemanha aplicar retroativamente uma lei que permitia estender prazo de “prisão de segurança” (*Sicherungsverwahrung*) de um condenado por estupros em série ao argumento de que o condenado ainda apresentava risco de reiteração criminosa e, portanto, deveria ser ainda mantido em prisão mesmo após o término da pena. Nesse caso, o réu fora condenado e cumprira a pena e ainda mais 10 anos de prisão de segurança, então o limite máximo dessa medida, todavia uma nova lei veio retirar esse limite máximo e a corte alemã decidiu aplicar retroativamente essa nova lei, fato considerado pelo TEDH como violador dos princípios da CEDH, especialmente a irretroatividade de normas penais. Nesse julgamento, ponderou-se que a necessidade de assegurar uma proteção penal eficiente como um indivíduo considerado perigoso não pode justificar a restrição indevida dos direitos fundamentais dessa pessoa.

⁵²² TEDH, *Khan vs. UK*, acórdão n. 35394/97, §§ 35 e 37; *Allan v. UK*, acórdão n. 48539/99, § 43; *Heglas vs. República Tcheca*, acórdão n. 5935/02, 1 maio 2007, § 86.

⁵²³ TEDH, *Schenk vs. Suíça*, 12 jul. 1988, §§ 45-46; *Teixeira de Castro vs. Portugal*, 9 jun. 1998, § 34; e *Heglas vs. República Tcheca*, 1 maio 2007, § 84; *Khan vs. UK*, acórdão n. 35394/97, § 34; *P.G. e J.H. vs. UK*, acórdão n. 44787/98, § 76; e *Allan vs. UK*, § 42.

Para analisar a prova de um desvio policial, é necessário uma “prova além da dúvida razoável”⁵²⁴; todavia, tal nível de cognição pode ser reduzido se houver coexistência de indícios suficientemente fortes, claros e concordantes, bem como diante de presunções de fato não elididas⁵²⁵. Especialmente quando os eventos ocorrem no âmbito do conhecimento exclusivo de autoridades públicas, como é o caso de crimes praticados contra pessoas detidas, há fortes presunções de fato em relação às lesões ocorridas durante o período de detenção, de forma que o ônus da prova de demonstrar que tais lesões não foram ilegais, mediante uma explicação satisfatória e convincente, é das autoridades públicas⁵²⁶. O TEDH entende que quando uma pessoa é presa em boas condições de saúde, mas quando de sua liberação verifica-se que estava portando lesões, considerando que os eventos são conhecidos exclusivamente pelas autoridades do Estado, há uma presunção de fato de que tais agressões não são legítimas, cabendo o ônus da prova ao Estado de providenciar uma explicação plausível sobre como tais lesões foram causadas e de produzir prova de forma a afastar quaisquer dúvidas quanto à veracidade das alegações da vítima de abuso de autoridade, especialmente se tais alegações estão suportadas por laudos médicos e excedem determinada gravidade; se o Estado falha em cumprir essa obrigação, há uma violação do art. 3º da CEDH⁵²⁷. Ainda que os requerentes tenham sofrido supostas lesões antes de ingressar no cárcere em razão de resistência à prisão, se entre o início e o final da detenção surgiram novas lesões há uma presunção de que ocorreu um abuso de autoridade⁵²⁸.

De forma geral, o TEDH entende que uma prova obtida em violação à proibição de maus tratos é uma prova ilícita, que coloca em cheque a justiça do julgamento contra a pessoa⁵²⁹. Em alguns casos, o TEDH entendeu que o uso de confissões obtidas mediante tortura ou maus tratos geram uma contaminação global da justiça do julgamento, independentemente da

⁵²⁴ TEDH, *Orhan vs. Turquia*, acórdão n. 25656/94, § 264, 18 jun. 2002; *Avşar vs. Turquia*, acórdão n. 25657/94, § 282.

⁵²⁵ TEDH, *Ülkü Ekinci vs. Turquia*, acórdão n. 27602/95, 16 jul. 2002, § 142; *Ramirez Sanchez vs. França*, acórdão n. 59450/00, § 117; *Irlanda vs. UK*, 18 jan. 1978, § 161 *in fine*; e *Labita vs. Itália*, 6 abr. 2000, §§ 121 e 152.

⁵²⁶ TEDH, *Salman vs. Turquia*, acórdão n. 21986/93, § 100.

⁵²⁷ TEDH, *Çolak and Filizer vs. Turquia*, acórdãos n. 32578/96 e 32579/96, § 30, 8 jan. 2004; *Selmouni vs. France*, acórdão n. 25803/94, § 87; *Aksoy vs. Turquia*, 18 dez. 1996, § 61; *Ribitsch vs. Áustria*, 4 dez. 1995, § 34; *Haci Özen vs. Turquia*, 12 set. 2007, § 45; *Salman vs. Turquia*, acórdão n. 21986/93, § 100; *Ahmet Engin Şatır vs. Turquia*, acórdão n. 17879/04, § 40, 1 dez. 2009.

⁵²⁸ *Mete et al. vs. Turquia*, 4 out. 2011, § 114.

⁵²⁹ De forma geral: TEDH, *İçöz v. Turkey*, acórdão n. 54919/00, 9 jan. 2003; *Jalloh vs. Alemanha*, 11.7.2006, §§ 99 e 104; *Göçmen vs. Turquia*, acórdão n. 72000/01, § 73, 17 out. 2006; e *Harutyunyan vs. Armênia*, acórdão n. 36549/03, § 63.

sua essencialidade para o resultado do julgamento⁵³⁰; e que a descoberta de provas reais em razão de tortura jamais deveriam ser utilizadas como prova contra uma pessoa, sob pena de legitimar-se indiretamente a brutalidade policial⁵³¹. Nessa linha, a tortura não necessita ser concomitante com o interrogatório, mas está ligada às consequências do desvio policial. Se o investigado é torturado na Delegacia de Polícia para confessar (com agressões físicas que geraram costela quebrada, choques elétricos e asfixia) e depois foi levado à presença do juiz para ser interrogado sem a presença de advogado, o TEDH reconhece que há um fundado receio de que, se ele não confessar voltará a sofrer as agressões ao retornar à custódia policial, motivo pelo qual a confissão deve ser reputada como prova ilícita a contaminar a justiça de todo o julgamento⁵³².

Para ilustrar a posição do TEDH sobre o tema das provas ilícitas, sua relação com o efeito dissuasório de desvios policiais e suas exceções, analisaremos de forma mais minuciosa dois precedentes: o caso *Haci Öezen*, e o já citado caso *Gäfgen*.

No caso *Haci Öezen v. Turquia* (12 set. 2007), uma pessoa foi presa e agredida para que confessasse que estava auxiliando materialmente uma organização criminosa na Turquia. O recorrente alegou que foi abordado por pessoas que não se identificaram imediatamente como policiais, que ele foi despido e agredido, foi privado de água e alimentos, foi impedido de usar o banheiro, foi mantido em uma cela pequena e escura, ameaçado de morte e insultado, e que houve uma tentativa de estupro contra si pelos policiais. Tudo isso para que o suspeito assinasse uma confissão, o que acabou ocorrendo. A vítima alegava que fora presa numa data (com registro de ocorrência de rapto por seu filho e com uma testemunha documentando que a vítima fora levada por pessoas portando rifles, como que raptada) e entre tal data e a data oficial em que constou a prisão do recorrente havia uma diferença de quatro dias; todavia o Ministério Público arquivou sumariamente a notícia de rapto da vítima, alegando que ela não foi raptada, mas presa, e não investigou a alegada diferença de prazos, o que foi considerado pelo TEDH como uma ofensa à garantia de vedação de maus tratos (§ 50 da decisão). Considerando um grave histórico de abusos de autoridade na região (sudoeste da Turquia) o TEDH estabeleceu uma presunção (à luz do depoimento do filho e de um vizinho da vítima) de que a vítima fora presa sem autorização judicial em um dia, mantida ilegalmente presa por quatro dias, e depois se

⁵³⁰ TEDH, *Harutyunyan vs. Armênia*, acórdão n. 36549/03, §§ 63 e 66, *Göçmen vs. Turquia*, 17 out. 2006, §§ 74-75.

⁵³¹ TEDH, *Jalloh vs. Alemanha*, 11.7.2006, §§ 105-107.

⁵³² TEDH, *Stanimirović vs. Sérvia*, acórdão n. 26088/06, 18 out. 2011, § 52.

formalizou sua prisão, de forma que as lesões que o recorrente apresentava quando de sua detenção formal foram praticadas quando ele já estava sob custódia do Estado (§ 55). O TEDH considerou que como a confissão era a principal prova da acusação e que ela fora obtida de forma ilícita, através de maus tratos; portanto, essa prova ilícita contaminava o *fair trial*, o que causava uma lesão aos art. 6.1 e .3 e art. 3 da CEDH.

Todavia, em *Gäfgen vs. Alemanha* (30 jun. 2008), o TEDH entendeu que essa inadmissibilidade absoluta da prova obtida pela Polícia com violação de direitos seria exclusiva à prova diretamente obtida, já que a admissibilidade das provas indiretamente obtidas dependeria da análise de outros elementos do caso, especialmente as demais provas lícitas, a gravidade da prova ilícita originária e o respeito aos demais direitos de defesa do acusado, especialmente a contestação ou não da prova derivada. Verifica-se, em verdade, que no precedente *Gäfgen*, o TEDH aplicou as exceções da convalidação posterior (por recebimento de instrução qualificada da ilicitude da confissão anterior e por reafirmação de seu conteúdo), da descoberta inevitável das provas derivadas da prova ilícita em razão da existência de fontes independentes, da pouco relevância das provas derivadas à luz das provas lícitas independentes, tudo “temperado” com o princípio da proporcionalidade, levando-se em consideração a especial gravidade dos fatos investigados⁵³³. Essa decisão também indica que a existência de uma efetiva punição dos

⁵³³ TEDH, *Gäfgen vs. Alemanha*, 30 jun. 2008. Nesse caso uma pessoa raptou e matou uma criança, filho de um rico banqueiro alemão, e em seguida informou ao pai da criança que a havia sequestrado e exigiu um resgate. Após o pagamento do resgate, a pessoa foi presa, tendo informado que a vítima ainda estava viva com supostos comparsas seus. No dia seguinte, o chefe de polícia local autorizou que um policial realizasse um “interrogatório mediante pressão”, consistente em ameaçar o preso de colocá-lo em cela com pessoas depravadas que iriam estuprá-lo, bem como mediante agressões físicas “moderadas” (tapa no peito, chacoalhar o corpo, bater uma vez a cabeça contra a parede e ameaças de dores severas). Diante dessa coação o preso confessou que havia matado a criança, indicando o local exato onde ela estaria enterrada e acompanhando a Polícia até esse local, onde se localizou o corpo da vítima e verificou-se marcas de pneu compatíveis com o do veículo do preso. No curso do seu julgamento, apesar de ser informado que a sua confissão anterior era uma prova ilícita e não seria utilizada contra si, o acusado reiterou sua confissão, como forma de “aceitar sua grave culpa” e de “pedir desculpas pela morte da criança”. Em seu julgamento, ele foi condenado pela morte e extorsão, diante da confissão reiterada em juízo e outras provas independentes. Também o policial e o chefe de polícia foram condenados pelo crime de coação, com penas de multa, bem como foram afastados de suas funções e lotados em locais de menor destaque (o policial que concretizou a coação foi proibido de atuar em outras investigações criminais). O TEDH entendeu nesse caso que o interrogatório mediante coação era uma forma de tortura, que a coação para interrogatório deve ser considerada uma forma agravada de maus tratos, e sublinhou que tal proibição é absoluta e não cede mesmo em situações extremas como a necessidade de salvar toda uma nação e muito menos para se salvar a vida de uma pessoa específica. Todavia, o TEDH também considerou que haveria uma atenuante decorrente de o interrogatório ter durado apenas 10 minutos, as ameaças não terem se concretizado, os policiais estarem em situação de exaustão emocional e sob pressão de salvar uma vida (§ 69). Considerando que a tortura limitou-se a ameaças e não a agressões, o TEDH considerou que a vítima não teria direito a qualquer indenização, pois a punição criminal dos policiais envolvidos já seria suficiente como efeito dissuasório da reiteração de novas condutas semelhantes (§§

policiais que teriam praticado a violação ensejaria uma menor necessidade de reforçar o efeito dissuasório da proibição de uso de provas ilícitas⁵³⁴.

Uma postura ativa do Ministério Público na indicação das provas ilícitas eventualmente produzidas pela Polícia é essencial para o reforço do sistema de proteção de direitos fundamentais. Todavia, apesar da teleologia do efeito dissuasório de desvios policiais, alguns autores indicam que esse não pode ser um instrumento central de controle do desvio policial, pois muitas vezes o resultado do processo não é informado diretamente ao policial desviante. Ademais, a racionalidade policial é marcada por uma lógica imediatista de resultados, que pode acabar tolerando que se aceite o risco de produzir uma prova ilícita desde que se garanta um esclarecimento de um fato criminoso representado como relevante, diante da elevada chance de utilizar-se de regras de apresentação aparentemente legal de seu trabalho e de ser apoiado por colegas nessa maquiagem do desvio⁵³⁵. Assim, apesar de ser uma importante ferramenta de controle do desvio policial, ela deve estar necessariamente associada a outras estratégias de responsabilização pessoal do policial desviante. Bem como à efetiva existência de previsão normativa de garantias procedimentais de controle, já que, como demonstrado à exaustão, há um grave déficit na regulamentação legal da atividade policial no Brasil.

80 e 81). Também considerou que o fato de o recorrente ter reafirmado sua confissão mesmo após ser advertido que ela era originalmente ilícita e não seria considerada em seu julgamento (instrução qualificada) seria uma convalidação da mesma (ou uma nova confissão válida). Finalmente, considerou que as provas obtidas com as informações decorrentes da confissão viciada (localização do corpo e marcas de pneu no local dos fatos) poderiam ter sido validamente localizadas com as demais provas de que a Polícia dispunha (ou seja, havia uma fonte independente), e que tais informações não foram decisivas para a condenação (mas sim a nova confissão, confirmada pelas demais provas lícitas), de sorte que, por tais circunstâncias, o uso das provas derivadas não tornaria o julgamento automaticamente injusto. Nessa situação, o TEDH considerou que “o uso no julgamento do recorrente dos itens de prova em questão [provas derivadas da confissão] não recai na categoria de casos nos quais o uso de tais provas torna automaticamente o julgamento injusto em todas as circunstâncias. A Corte considera, todavia, que há fortes presunções de que o uso de provas obtidas como fruto de uma confissão obtida por meios contrários ao art. 3º torna o julgamento injusto como um todo, da mesma forma que o uso da confissão por si só. É portanto necessário que a Corte determine a justiça dos procedimentos contra o recorrente à luz de todas as circunstâncias do caso, considerando, em particular, as circunstâncias indicadas nas provas lícitas, o peso probatório das provas ilícitas, e se o recorrente teve efetivamente seus direitos de defesa respeitados, especialmente a oportunidade de impugnar a admissão e o uso de tais provas em julgamento”. (§ 105).

⁵³⁴ Em sentido semelhante, argumentando que pequenas violações praticadas por policiais podem não justificar a exclusão da prova obtida quando estão institucionalizados outros mecanismos *accountability* do desvio policial, v. decisão estadunidense *Hudson vs. Michigan*, 547 U.S. 586, 126 S Ct. 2159 (2006). Mas comentando essa decisão, Sklansky, 2008, afirma que os sistemas de *accountability* ainda não podem substituir inteiramente a *exclusionary rule*. Nessa linha ainda, ver Nucci, 2008:531.

⁵³⁵ Sobre as limitações das provas ilícitas, v. Armacost, 2004. Sobre as regras de apresentação para maquiagem do desvio policial, v. supra, item 1.4.2.7.

4.11 Considerações finais

O presente capítulo demonstrou que o sistema processual brasileiro de submissão das iniciativas policiais de investigação autônoma ao posterior controle pelo Ministério Público são extremamente fracas, tanto na construção de seus pressupostos de fato e limites das consequências jurídicas, quanto ainda na construção de um conjunto de garantias procedimentais de controle.

Apesar dessas considerações, o estudo indicou que há áreas que já permitem uma interpretação sistemática, especialmente uma interpretação conforme à Constituição, que já exija um controle processual obrigatório pelo Ministério Público. Algumas dessas áreas estão relacionadas com a atuação judicial, como a necessidade de primeiro interrogatório judicial de investigado preso ou a necessidade de prévia decisão judicial para a condução coercitiva do investigado ou para a realização de determinadas formas de intervenções corporais. Outras estão ligadas à obrigatoriedade ope legis de posterior comunicação ao Ministério Público, no caso comunicação das retenções momentâneas de liberdade, incluídos os controles de identificação e revistas pessoais (com detenção momentânea), das buscas domiciliárias realizadas de ofício que não gerem apreensão de objetos, nas diligências com uso da força que gerem lesão, morte ou disparo de arma de fogo e ainda no uso de algemas. Esse controle pode ser institucionalizado mediante requisição do Ministério Público ou por recomendação do CNJ ou CNMP.

Ao lado desses mecanismos de controle da legalidade mediante relatórios processuais, a vedação de utilização de provas ilícitas se torna um relevante instrumento de controle de desvios policiais de eficiência. Assim, verificada a ocorrência de um desvio policial grave, a não admissão da prova em juízo gerará um contraestímulo pela perspectiva de inutilidade do desvio. Juiz e Ministério Público devem estar comprometidos com a fiscalização da legalidade da atuação policial, para concretização da “superioridade ética” do Estado ante o crime.

Além desse conjunto de controle processuais da atividade policial, há ainda outras ferramentas de controle extraprocessual. Vejamos.

5 CONTROLE DE FISCALIZAÇÃO EXTRAPROCESSUAL DA ATIVIDADE POLICIAL: AUDITORIA E RESPONSABILIZAÇÃO

Vimos anteriormente que o controle processual da atividade policial possui duas finalidades: o controle diretivo mediato da investigação criminal e o controle de fiscalização processual da legalidade investigação criminal. Analisaremos agora os dois últimos aspectos de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público: o controle de fiscalização extraprocessual da atividade policial (atividade de auditoria) e a responsabilização pelo desvio policial. Apesar de essas duas atividades extraprocessuais serem distintas (uma voltada a um fato passado e outra voltada à prevenção no futuro), há conexões muito próximas entre ambas as atividades que justificam sua análise conjunta. Isso porque ao realizar uma atividade constante de auditoria genérica do padrão real de atuação policial (não apenas o *Law in the books*, mas o *Law in action* da atividade policial), o Ministério Público visa a prevenção da prática de desvios policiais concretos, bem como ao investigar um desvio policial concreto, o Ministério Público visa também detectar possíveis padrões de atuação policiais desviantes, tomando em seguida as medidas profiláticas necessárias. Prevenção e repressão estão interligadas num ciclo que se retroalimenta reciprocamente.

Essa atividade de controle externo da atividade policial como uma atividade institucional do Ministério Público de assegurar uma fiscalização constante do padrão real de atuação policial e a responsabilização dos eventuais desvios possui uma ligação direta com o paradigma de Estado de Direito, já que a proteção jurídica dos cidadãos contra arbitrariedades praticadas pelo Estado e a responsabilização dos desvios policiais são princípios estruturantes da ideia de Estado de Direito¹. Aprofundaremos aqui essa análise.

¹ Ver subseção 2.1.2, supra.

5.1 Proteção jurídica contra o eventual desvio policial e sua responsabilização como decorrências do paradigma do Estado Democrático de Direito

5.1.1 Proteção jurídica individual e coletiva, preventiva e repressiva, contra o desvio policial

Como visto, um dos pilares do Estado de Direito é a construção de canais eficientes de proteção jurídica contra os eventuais arbítrios, inclusive e especialmente os praticados pelo próprio Estado. Nessa perspectiva, não basta enunciar direitos fundamentais em nível constitucional, é necessário criar condições para que o cidadão faça valer seus direitos frente às eventuais arbitrariedades do Estado².

O princípio da proteção jurídica não se exaure na proteção judicial, admitindo outras formas de proteção através de órgãos administrativos especialmente arquitetados para exercerem a função de fiscalização e controle dos eventuais excessos. No âmbito da fiscalização administrativa, há o direito de receber informações dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII) e de peticionar contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, “a”), bem como o direito de representação por uso abusivo do cargo (art. 37, § 3º, III). A abertura de instrumentos eficientes de proteção jurídica, seja através do acesso à proteção judicial, seja através do direito de petição administrativo, visa reforçar o princípio da efetividade dos direitos fundamentais³. Sua fundamentalidade está especialmente destacada na CADH, que prevê em seu art. 25.1:

Toda pessoa tem direito a um recurso rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Considerando que a atividade policial é um espaço privilegiado de ocorrência de embates entre a realização do interesse público e a necessidade de proteção das liberdades individuais, a preocupação com o estabelecimento de mecanismos eficientes de proteção contra

² A expectativa que o cidadão possui de ter seus direitos protegidos pelo Judiciário em caso de excesso do poder executivo é essencial ao conceito de Estado de Direito. Segundo Canotilho, 2003:497, a garantia institucional da via judiciária é um corolário lógico: “(1) do monopólio de coação física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei”. Acentuando a relação entre expectativa de proteção e Estado de Direito, especialmente no âmbito da atividade de prevenção criminal, ver Grimm, 1989:27.

³ Canotilho, 2003:276.

eventuais arbitrariedades nessa seara se torna especialmente sensível aos valores do Estado de Direito. Portanto, devem-se construir mecanismos de proteção jurídica contra o eventual desvio policial. Esse direito à proteção jurídica pode ser individual ou coletivo, preventivo ou repressivo.

O principal problema do exercício da atividade policial é que, via de regra, as decisões são tomadas e já são auto-executadas pelos policiais, sem a possibilidade de que haja a intermediação de um prazo que permita ao cidadão aviar algum recurso jurídico capaz de ser eficiente antes da realização concreta da atuação policial. E é assim pela própria natureza da atuação policial, pois as situações que exigem intervenção policial são normalmente situações que exigem atuação imediata, sob pena de se tornarem inócuas (fazer cessar a prática de um crime, a prisão em flagrante, uma revista pessoal, *etc*).

Há sempre a possibilidade ao cidadão de, diante de uma arbitrariedade policial flagrante, opor-se à sua realização mediante o direito de resistência. Apesar desse direito não estar expressamente previsto na CRFB/1988, ele está presente na tradição jusnaturalista e, no âmbito do positivismo constitucional, emana da própria eficácia direta dos direitos fundamentais, seu caráter obrigatório para os poderes públicos, como uma garantia de autodefesa dos direitos fundamentais⁴. Esse direito se manifesta basicamente numa ausência de responsabilização penal diante da desobediência passiva ou de resistência ativa a atos ilegais, já que o crime de desobediência apenas se configura diante de uma “ordem legal de funcionário público” (CP, art. 330) e o crime de resistência se configura mediante uma oposição “à execução de ato legal” (CP, art. 329). Na ausência de ordem ou ato legal, não há o crime de desobediência ou resistência (tecnicamente, não há que se falar em legítima defesa, mas de ausência de tipicidade por falta de elemento normativo do tipo).

⁴ J.C.V. Andrade, 2001:354. O direito de resistência foi qualificado pelos jusnaturalistas como um direito natural de toda pessoa a resistir aos atos de poder que violem inquestionavelmente os limites jurídicos da autoridade política. A declaração francesa de direitos do homem e do cidadão de 1789 já reconhecia em seu art. 2º, entre os principais direitos naturais, o direito de resistência à opressão. Também esteve expressa na Constituição Portuguesa de 1938, art. 25: “é livre a todo o cidadão resistir a qualquer ordem que manifestamente violar as garantias individuais, se não estiverem legalmente suspensas” e foi posteriormente reconhecido nas seguintes constituições portuguesas de 1911 (Art. 3.37), de 1933 (Art. 8.19) e 1976 (art. 21), esta última condicionando o uso da força à impossibilidade de recorrer à autoridade pública. Há uma indicação desse direito de resistência no art. 29.2 da DUDH. Na CRFB/1988 não há reconhecimento de direito semelhante, apenas a previsão genérica de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II), que poderia ser reconduzido à resistência passiva, e uma abertura decorrente da cláusula aberta do art. 5º, § 2º. Sobre o tema no Brasil, ver Buzanello, 2002.

A grande questão que se coloca na discussão do direito de resistência é “até que ponto é admissível que um indivíduo se erija em juiz da legitimidade dos governantes, da justiça das leis e da legalidade dos atos do Poder?”⁵. Um amplo espaço dado ao direito de resistência certamente enfraqueceria a segurança jurídica. Nessa linha, Caetano admite o recurso ao direito de resistência apenas “quando o ato do Poder toma a forma de pura violência, passando a ‘vias de fato’ sem qualquer caráter jurídico e sem que, por conseguinte, seja possível utilizar os meios normais de recurso”⁶. Esse é um direito cujo uso merece extrema cautela, como verdadeira *ultima ratio*, já que, no Estado de Direito, presume-se que as autoridades agem dentro da legalidade, portanto, ainda que o particular tenha a representação de que a autoridade policial age de forma arbitrária, se ela age de forma legal, não haverá efetivamente direito à resistência. Portanto, ele apenas deveria ser exercido em situações de ilegalidade tão gritante que não permitam qualquer dúvida sobre a ilegalidade da ação policial. Nas situações duvidosas, é obrigação do particular obedecer e eventualmente questionar *a posteriori*.

Finalmente, o direito de resistência possui uma efetividade diminuta em se tratando de conflitos com autoridades policiais, diante de suas possíveis consequências nefastas, ante a desproporção de forças entre um policial desviante e o cidadão. Aqui o problema não é propriamente de ter o direito de resistir, mas de ter meios para poder exercer esse direito e do risco de agravar-se a situação de fragilidade do indivíduo perante uma diligência policial truculenta.

Superada a impossibilidade (jurídica ou fática) de o próprio particular opor-se a um ato ilegal, surgiria a possibilidade dele recorrer ao Poder Judiciário. Todavia, a eficiência da garantia de acesso ao judiciário para evitar a ocorrência de um ato de violência policial para um caso concreto (proteção jurídica individual preventiva) é ordinariamente muito diminuta. Afora a hipótese de prisão, cuja manutenção se protraí no tempo e, portanto, seria viável a impetração de *habeas corpus* repressivo da ilegalidade, ou a situação de já haverem indícios concretos de uma probabilidade de ocorrência de restrição à liberdade, hipótese em que seria viável o *habeas corpus* preventivo, ou ainda as raras hipóteses de admissibilidade de mandado de segurança em

⁵ Caetano, 2006:327.

⁶ Caetano, 2006:328. E conclui, citando Duguit, que um reconhecimento mais amplo do direito de resistência configuraria um “fermento de anarquia”.

matéria criminal⁷, a maioria dos desvios policiais não se protraem no tempo e, portanto, outras situações de tutela jurisdicional para se evitar um ato concreto de desvio policial são raras pelo caráter imediato entre a decisão de ação policial e sua execução, ante a inexistência de recursos de proteção imediata na atuação de rua.

Provavelmente, uma das poucas saídas institucionalizadas de se proporcionar proteção jurídica preventiva individual no caso de desvios policiais é o direito à proteção de testemunhas e vítimas ameaçadas em decorrência de desvios praticados por policiais (proteção à retaliação), conforme previsto na Lei n. 9.807/1999, pois nessa situação, apesar de haver um fato passado já consumado (em relação ao qual não se cogita mais de proteção preventiva, mas tão somente de repressão), há o receio concreto de que haja reiteração de atos de violência com finalidade de intimidação e, diante desse risco concreto de novos atos de violência, providencia-se uma proteção individual preventiva. Outra possível solução seria a prisão preventiva do agressor, ou o deferimento de alguma medida cautelar de proibição de aproximação e contato de determinada pessoa ou de determinado lugar (CPP, art. 319, II e III), ainda assim dependentes de um processo criminal já em curso e de um mínimo de indícios a respaldar a medida.

Assim, considerando que os requerimentos para a proteção jurídica preventiva de caráter individual possuem um espectro bastante limitado quanto ao desvio policial. O espaço para a realização de um direito subjetivo individual à proteção jurídica contra um abuso policial específico (na modalidade de prevenção da ocorrência do desvio) é muito limitado. Urge, pois, recorrer a categorias objetivas (isso é, dissociadas da existência de um direito subjetivo concreto) para assegurar que o Estado cumpra seu dever de respeitar a vedação de arbitrariedades na atividade policial. A exigência do Estado de Direito de proteção jurídica eficaz indica que as demais formas de proteção jurídica (preventiva coletiva e repressiva) deverão ter especial eficiência pelo Estado para assegurar o cumprimento de seu dever de não atuação arbitrária na atividade policial. Isso implica na obrigação do Estado de Direito criar instituições que tenham condições efetivas de receber notícias de desvios, esclarecê-las de forma satisfatória, afastar provisoriamente os policiais envolvidos em um desvio e puni-los de forma adequada para evitar a

⁷ Segundo Mirabete, 2002:735, admite-se o uso do mandado de segurança em matéria criminal para atacar apreensões de objetos indevidas, para o advogado ter vista dos autos do IP, para o advogado acompanhar uma diligência de investigação ou uma perícia, para o advogado poder entrevistar-se pessoalmente com seu cliente, contra apreensão indevida de carta de habilitação.

reiteração do desvio. Apenas a atuação processual do Ministério Público e do juiz (no caso de restrições de direitos fundamentais) não é suficiente para essa finalidade, sendo necessário institucionalizar instâncias de controle desprendidas da relação de interdependência com uma persecução penal concreta⁸.

De forma geral, todos os aspectos há indicados no cap. 2 são partes necessárias do processo de prevenção do desvio policial. A construção da legalidade policial, orientada a partir dos princípios constitucionais de proteção aos direitos fundamentais, com especial preocupação em fechar-se as brechas de discricionariedade tendentes a se tornarem espaços de arbitrariedade, mediante a densificação dos pressupostos de fato, consequências jurídicas e as normas procedimentais de garantia, é essencial para atuar como o ponto de partida para o controle da atividade policial. A estruturação de um sistema de controles, tanto interno quanto externo, e uma postura ativa do Ministério Público na fiscalização continuada da atividade policial, não apenas acompanhando cada um dos procedimentos de investigação, mas especialmente investigado as notícias de desvios e promovendo a respectiva responsabilização, também é essencial.

Além dessa estrutura mais geral de proteção contra o desvio policial, para cada espécie de possível desvio policial há estratégias diferenciadas de controle. Analisemos cada uma dessas possíveis estratégias.

5.1.2 Relevância constitucional da responsabilização do desvio policial

A responsabilização do desvio de poder é conceito inerente à ideia de Estado de Direito. Nessa linha, verifica-se que a CRFB/1988 estabeleceu diversos mandados de criminalização, como no caso da tortura, com a respectiva inafiançabilidade, insuscetibilidade de graça ou anistia, e previsão de responsabilização dos mandantes, executores e dos que forem

⁸ Schünemann, 2010c:483, aponta essa necessidade de intensificar a proteção jurídica contra atos arbitrários da Polícia, propondo, *de lege ferenda* na Alemanha, que a vítima de abuso policial possa formular reclamações perante a Ordem dos Advogados, a qual poderia acusar o policial perante o Tribunal Superior do *Land* por abuso de autoridade, podendo esse tribunal retirar a qualificação jurídica de auxiliar do Ministério Público a esse funcionário. A lógica por trás dessa proposta assemelha-se ao modelo de controle externo que propomos adiante, com a peculiaridade que o órgão de controle que promove a responsabilização é o Ministério Público, mas num ofício distinto do órgão ministerial que controla a investigação concreta (portanto, com maior independência psicológica quanto aos fatos), e a responsabilização dos pequenos desvios ocorre basicamente na forma do controle criminal do abuso de autoridade e ainda da improbidade administrativa.

omissos (art. 5º, XLIII), da obrigação de punição das discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, LXI), a inafiançabilidade e imprescritibilidade da ação de grupos armados contra a ordem constitucional (art. 5º, LXIV), a previsão de diversos crimes de responsabilidade de detentores de poder público (art. 29-A, §§ 2º e 3º; art. 50, art. 85; art. 96, III; art. 100, § 7º, art. 102, I, “c”; art. 105, I, “a”; art. 108, I, “a”; art. 167, § 1º), e a responsabilização por ilegalidades praticadas durante o estado de defesa ou de sítio (art. 141). Além dessas hipóteses de responsabilização criminal, há ainda a previsão de responsabilização por improbidade administrativa (art. 37, § 4º), e a obrigação de o Estado se responsabilizar pelos danos que seus funcionários causarem a terceiros (art. 37, § 6º), sem prejuízo da responsabilidade pessoal do funcionário.

A responsabilização direta de um policial por seus desvios pode dar-se em três esferas distintas: cível, administrativa e criminal. Há ainda uma quarta possível esfera, a da responsabilidade por ato de improbidade administrativa, que, apesar de ser uma modalidade de responsabilidade político-administrativa (com forte caráter cível), não é imposta no nível interno da organização, mas mediante promoção pelo Ministério Público em juízo. Eventualmente, o Estado pode ser responsabilizado civilmente pelo desvio de um policial, o que também pode configurar um instrumento de dissuasão do desvio policial (na medida em que impulsiona o Estado a rever padrões de conduta potencialmente desviantes). Em diversos países, a responsabilização do Estado pelo desvio policial tem sido um fator de impulso de realização de reformas em Departamentos de Polícia⁹. Finalmente, há uma sanção processual ao desvio policial: a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Ainda que esta não atinja pessoalmente o policial, pressupondo-se que se o policial pratica um desvio com a finalidade de

⁹ Armacost, 2004:457, argumentando que nos EUA, a lógica da responsabilização civil do Estado pelos eventuais danos causados a terceiros no exercício da atividade policial foi uma resposta concebida pela Corte Suprema para evitar a reiteração de desvios. A lógica seria a de que se a instituição fosse responsabilizada pelas faltas de seus funcionários, ela iria criar mecanismos para evitar a reiteração de tais falhas. Na Inglaterra, ver Jones, 2008:713; na Austrália, ver Ransley *et al.*, 2007. Todavia, a responsabilidade civil do Estado rege-se por princípios diversos da responsabilização pessoal do policial: enquanto a responsabilidade do Estado é objetiva, decorrente do risco de sua atividade, a responsabilidade do policial será sempre subjetiva, dependente da e da individualização do policial infrator e da comprovação de seu dolo ou culpa grave. Assim, esse “motor de reformas” tem um poder limitado, pois dificilmente a condenação do estado a uma indenização irá tocar diretamente no policial envolvido, exceto se houver ações institucionais para se prevenir o abuso; sobre essas limitações; sobre essas limitações de poder de reforma das indenizações por abuso policial, ver Armacost, 2004:473; Collins, 1998:2; Chevigny, 1999:75; Jones, 2008:718. Segundo Gómez Colomer, 2004:99, nos países onde existe mais corrupção policial são exatamente os que tem menor nível de regulamentação da responsabilização do policial, concluindo “que o

assegurar a eficiência de sua atuação, a inadmissibilidade das provas ilícitas gera um contra-incentivo funcional a tais violações de direitos (ver discussão mais abaixo).

A responsabilização de policiais por suas faltas é uma decorrência direta do postulado do Estado de Direito, segundo o qual todo policial deve prestar contas de seus atos e ser responsabilizado pelos eventuais desvios¹⁰. Já é antiga a tradição no direito constitucional brasileiro de prever-se a responsabilização dos agentes públicos pelos seus eventuais abusos de poder¹¹ e mesmo o Código Criminal do Império já estatua genericamente em seu art. 2º, § 5º, que “julgar-se-há crime ou delicto: o abuso de poder, que consiste no uso do poder (conferido por lei) contra os interesses públicos, ou em prejuízo de particulares, sem que a utilidade pública o exija”¹². A cultura de responsabilidade dos funcionários públicos, apesar de ter recebido seu grande desenvolvimento com o liberalismo, tinha já embriões no antigo regime. Existiam, por exemplo, instrumentos de investigação (devassas) sobre o comportamento dos funcionários públicos e regras que prescreviam a necessidade de punição de desvios¹³. Hegel já defendia que a

policial esteja efetivamente sujeito à responsabilidade civil e criminal, quando a infração for produzida, é uma garantia para acabar com a corrupção, a arbitrariedade e a impunidade”.

¹⁰ Decocq *et al.*, 1998:751.; Ransley *et al.*, 2007:144; Muniz e Proença Jr., 2007b:40.

¹¹ Nesse sentido já dispunha a Constituição do Império, de 1824: “Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar. Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei”. O art. 179, X, ainda previa que o juiz que determinasse uma prisão arbitrária e quem a houvesse requerido deveriam ser punidos com as penas que a lei determinar. E o inciso XXIX desse mesmo art. 179 determinava: “Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos”.

¹² Comentando essa disposição preliminar do Código Criminal do Império, afirmava B.F.H. Souza, 1872:91, que ela representava uma alteração de paradigmas introduzida com a Constituição Imperial em relação ao “antigo regimen”, e representava que o exercício da autoridade não era um direito, mas um dever que exigia a responsabilidade de seus executores. E conclui (1872:92): “Por consequinte, se os funcionarios publicos, revestidos do poder, esquecendo-se de sua missão, o convertem em instrumento do mal, damnificando o Estado, opprimindo ou vexando por qualquer maneira os cidadãos, rigorosas contas lhes devem ser pedidas. A ordem publica recebe então um golpe tanto mais profundo, quando elle provém d’aquelles mesmo que eram especialmente encarregados de mantê-la: é um mal em si mesmo grave, e talvez ainda mais grave pelas funestas consequencias do exemplo”. Essas palavras de 1872 são tão atuais como nunca.

¹³ Homem, 2006:101, comentando os procedimentos anti-corrupção no Portugal pré-liberal, afirma: “A esse respeito, existe a convicção de que a punição severa das infrações praticadas pelos funcionários é uma condição fundamental para a coesão social do grupo e para a sua identidade simbólica, bem como para o respectivo prestígio social. Daí uma observação repetida, a de que os abusos devem ser imediatamente denunciados e punidos, porquanto tal é imprescindível ao prestígio e coesão desse grupo profissional”. Uma perspectiva mais atual que nunca, mas também não menos difícil de se implementar.

proteção ao abuso de autoridade residia na hierarquia e na responsabilização, associadas ao necessário controle social¹⁴.

Controle e responsabilização são duas faces da mesma moeda; não é possível haver controle sem a possibilidade de responsabilizar a instituição e o policial individual por seus atos. Na expressão de Bayley¹⁵:

A ação institucional se manifesta no modo como seus membros agem; o controle das instituições não existe se o comportamento de seus membros não é afetado. A responsabilização implica controle, e o controle gera responsabilização. Deve-se entender que ambos referem-se a processos segundo os quais o comportamento da Polícia é trazido em conformidade com as necessidades da sociedade da qual faz parte.

Assim, os policiais podem e devem ser responsabilizados pelos eventuais atentados que praticarem contra a liberdade, domicílio, como os crimes de sequestro, violação de domicílio, abuso de autoridade, tortura e outros¹⁶. Em se tratando de regras para a justificação da restrição da liberdade e do domicílio, tais formalidades devem ser interpretadas de forma estrita, sob pena de justificarem uma punição disciplinar, criminal e civil contra o policial. Também são responsáveis pela obtenção de vantagens pessoais em razão do cargo e por suas omissões dolosas. Conforme declaração do Conselho da Europa, “todo funcionário de polícia é pessoalmente responsável pelos seus atos e pelos atos ou omissões por ele ordenados e que são ilegais”¹⁷. A análise da ilegalidade de uma ação policial deve levar em conta o tempo de reação do policial, os riscos envolvidos na diligência, e a efetiva possibilidade de se exigir um comportamento alternativo do policial¹⁸. Os crimes praticados por policiais são substancialmente mais graves que os demais crimes praticados por pessoas comuns, já que eles são os próprios responsáveis pela

¹⁴ Hegel, 1997:271 (*Princípios da filosofia do Direito*, § 295). Também afirma (no § 294), que os desvios comissivos ou omissivos dos funcionários públicos devem ser considerados crimes.

¹⁵ Bayley, 2006:174.

¹⁶ Boulloc, 2010:430.

¹⁷ Art. A.9 da Declaração sobre a Polícia do Conselho da Europa (Anexo à Resolução n. 690 da Assembleia do Conselho da Europa). Ver ainda G.M. Silva, 2001:126.

¹⁸ Na crítica de J.C. Assis *et al.*, 2008:33: “Tênue é a linha que separa a legalidade da arbitrariedade na atividade policial. Aqueles que julgam as ações da Polícia, o fazem de longe, bem longe do calor dos acontecimentos, a salvo de gravíssimos riscos, sem levar tiros, socos ou pancadas, no conforto de seus gabinetes, arvorando-se muitas vezes, com antolhos, o texto gélido da lei”. A crítica deve ser recebida como uma advertência para a necessidade de considerar-se a efetiva possibilidade de um comportamento alternativo do policial na situação concreta e não como uma desculpa generalizada para se minimizar as arbitrariedades policiais.

aplicação do direito e manutenção da ordem, havendo, portanto, uma acrescida culpabilidade, que deve se traduzir em penas mais severas¹⁹.

A finalidade da punição criminal do desvio policial está intimamente ligada à finalidade das penas em geral, em seus diversos aspectos: prevenção geral positiva (reforço da vigência da norma) e negativa (intimidação geral), prevenção especial positiva (reeducação) e negativa (intimidação específica ou ainda a inocuização)²⁰.

O reforço da vigência da norma possui destinação tanto aos policiais quanto aos particulares. A responsabilização pelos desvios é um mecanismo destinado a favorecer a adesão dos policiais ao modelo legal de atuação²¹. Nessa linha, Denninger argumenta que as normas relativas à fidelidade constitucional dos funcionários públicos e os preceitos penais que tratam da integridade no exercício do cargo são no fundo garantias constitucionais de nível psicológico e educativo²². A punição dos desvios policiais, apesar de ser uma atuação repressiva, também possui um importante efeito de prevenção de reiteração do desvio, destinada a não permitir a cristalização de um padrão desviante de atuação, que por sua repetição, crie ares de um direito consuetudinário de aceitação de desvios, enfraquecendo o nível de proteção assegurado aos cidadãos²³. Uma ausência crônica de punição do desvio policial retira a legitimidade social da

¹⁹ Analisando que usualmente há uma agravante genérica para o caso de um crime ser praticado por policiais: Monet, 2006:300. Assim, por exemplo, na França, se um ato de tortura, homicídio culposo ou lesão corporal é praticado por policial há uma agravante específica (Código Penal francês, art. 222-3.7, art. 222-8.7, e art. 222-10.7).

²⁰ As teorias sobre a (ou “as”) finalidade da pena é um dos calcanhares de Aquiles do direito penal. Não é objetivo desse trabalho discorrer longamente sobre as diversas interrelações possíveis dessas teorias, suas justificativas, nem mesmo qual seria a finalidade prevalente. Basta-nos, para o efeito desse trabalho, concordar com J.F. Dias, 1999:129-136, para o qual a necessidade da pena parte da finalidade de prevenção geral positiva de integração (restabelecer a paz jurídica comunitária abalada pelo crime), a qual estabelece um limite máximo e mínimo de tutela dos bens jurídicos, dentro do qual devem atuar as considerações de prevenção especial (em regra positiva e excepcionalmente negativa). Para J.F. Dias, a prevenção geral negativa é apenas um efeito lateral (e até desejável) da pena, mas não uma finalidade autônoma. Já a prevenção especial positiva deve consistir em colocar à disposição do agente os meios de prevenir a reincidência, e não de obrigá-lo a alterar seus valores. Conclui que o limite da pena concreta deve ser a culpabilidade de maneira que não se deve ultrapassá-la. Segundo Roxin, as diversas finalidades da pena possuem efeitos distintos conforme os respectivos momentos (ameaça abstrata, imposição e execução), de sorte que “a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral e individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa” (Roxin, 1998:40). Sobre a problemática dos fins da pena, ver ainda: Ferrajoli, 2002:199-284; Hassemer, 2005:265-434; Alcácer Guirao, 2004; P.S. Queiroz, 2001; e Suxberger, 2006.

²¹ Indicando esse aspecto: G.M. Silva, 2001:107. Relacionando a responsabilização de policiais com o efeito de prevenção genérica e específica (tradicionalmente associado à pena em geral), ver Walker, 2001:154.

²² Denninger, 2001:456.

²³ Segundo Otero, 2003:920, quando um costume administrativo *contra legem* se torna institucionalizado e não há sanção jurisdicional contra o mesmo, ao contrário, ele passa a ser reiteradamente tolerado pelo Judiciário, acaba-

atuação policial, por criar uma percepção de que não há normas objetivas pautando a atuação policial²⁴.

A responsabilização também é essencial para restabelecer a confiança das pessoas na seriedade do Estado, reforçando que o desvio policial foi uma atuação excepcional e que as pessoas podem continuar a confiar que seus direitos não serão sistematicamente violados pelo Estado²⁵.

Na perspectiva da prevenção geral negativa, a punição do desvio policial seria uma forma de comunicação social na qual o Estado comunica à coletividade dos policiais que a violação da legalidade policial não é aceita e quando ocorrer tal desobediência o policial desviante sofrerá uma sanção, de forma que a coletividade dos policiais seja conscientizada a não delinquir devido ao receio de vir a sofrer idêntica pena²⁶. A punição do desvio policial é essencial para transmitir a todos os policiais integrantes de um determinado Departamento de Polícia que determinados desvios não são tolerados, assegurando que as normas administrativas que prescrevem pautas de condutas aos policiais estão em vigor e são exigidas²⁷.

Os aspectos de prevenção especial positiva estão ligados às intervenções de correção específica ao policial desviante. Quando um policial é corrigido ele é admoestado para não reiterar na prática desviante, podendo ser encaminhado a acompanhamentos específicos para evitar tal reiteração (novo treinamento, relotação ou intervenções psicológicas). A punição, ao mesmo tempo, é uma comunicação ao policial do equívoco de sua ação (pela qual se espera que fomenta sua adesão à legalidade) bem como configura uma intimidação de nova punição no caso de reiteração do desvio (uma intimidação específica ao desviante). Ainda que eventualmente o policial não seja especificamente punido (já que o estabelecimento da responsabilidade criminal está normalmente sujeita a requisitos estreitos de configuração), é possível extrair-se do processo

se por criar uma norma informal contrária à legalidade “oficial” que pode vir a afirmar-se no ordenamento jurídico-administrativo. Ainda que consideremos perigosa tal proposição, o fato é que a necessidade de não permitir a erosão das garantias mínimas de proteção do cidadão no âmbito da atuação policial recomendam que se dê especial relevância à proteção jurídica dos desvios policiais.

²⁴ Monet, 2006:297.

²⁵ Indicando esse aspecto: Cucchi, 2010:246.

²⁶ Conforme a definição da prevenção geral negativa no utilitarismo penal reformado de Ferrajoli, 2002:208. Uma definição de finalidade da pena não isente de críticas, já que, se a finalidade da pena é incutir medo, então, conforme Roxin, 1998:31, “quem pretender intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível”. Obviamente, essa finalidade está limitada pela culpabilidade do desviante.

²⁷ Walker, 2005:67; Noble e Alpert, 2009:208; Reno, 2001:9; Chevigny, 1999:73; Kappeler *et al.*, 1998:261.

de esclarecimento do desvio policial possíveis parâmetros de desvios que permitam uma intervenção didática e profilática.

Há ainda um aspecto de prevenção especial negativa de inocuização. É possível que o risco de reiteração de desvios seja tão premente que se permita a retirada do policial de sua função. Esse afastamento pode ocorrer cautelarmente no curso do processo ou como efeito da condenação criminal. Também é possível uma alteração da lotação do policial ou proibição de exercer outra função de policiamento por período determinado²⁸.

Finalmente, não se pode esquecer que uma das finalidades da pena também é evitar reações informais de violência contra o crime²⁹. Nessa perspectiva, a inexistência de qualquer resposta do Estado ao desvio policial abriria portas para as reações informais de controle, mais violentas que o próprio direito penal. Nessa perspectiva, não é de se estranhar que, em locais onde a Polícia desenvolve um padrão sistêmico de atuação desviante, haja uma também generalizada aversão à atuação policial que induz à prática de outros desvios, sejam crimes diretamente contra policiais (desacatos generalizados, insubmissões às diligências policiais, reações de violência contra policiais, eventualmente até agressões abertas contra instalações policiais), ou mesmo contra os valores do Estado de Direito que os policiais encarnam (moradores com vínculos de lealdade a criminosos em detrimento de sua lealdade ao Estado, uma indisposição generalizada da população de colaborar com a Polícia). Quando há uma séria dúvida de que os desvios policiais não são episódicos, mas ordinários, e que certamente não serão punidos, quando um cidadão se relaciona com um policial nesse ambiente ele sempre o fará sob uma perspectiva de constante desconfiança; ainda que o policial esteja agindo dentro da lei, o cidadão presumirá que ele está sendo arbitrário, o que provavelmente gerará um episódio de conflito na abordagem (desacato, resistência ou desobediência). Uma sucessão de episódios

²⁸ Sobre a prisão preventiva de policiais e o afastamento cautelar do cargo, ver comentários mais infra, nas seções 5.6.4. e 5.6.5.

²⁹ Afirma Ferrajoli, 2002:269: “[...] o direito penal tem como finalidade uma dupla função preventiva, tanto uma como a outras negativas, quais sejam a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias ou desmedidas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo”. E mais adiante: “O duplo objetivo do direito penal, já dissemos, é a prevenção quer dos delitos, quer das reações informais a ele. Este segundo objetivo, por sua vez, se articula em duas finalidades, quais sejam a prevenção geral da vingança privada, individual e coletiva, tal como expressa na vingança de sangue, no exercício das próprias razões, no linchamento, na represália e outros similares, e a prevenção geral da vingança pública, que, na ausência do direito penal, seria atuada por poderes soberanos de tipo absoluto e despótico, não regulados nem limitados por normas e garantias” (Ferrajoli, 2002:274). Em sentido semelhante, ver Lesch, 2000:99.

conflituosos gera em longo prazo a ineficiência da atuação policial. Nessa perspectiva, a punição do desvio policial também é relevante para evitar a prática de outras reações informais de violência contra o próprio desvio policial.

Apesar de todas as considerações sobre a relevância da responsabilização do policial por seus desvios, essa atividade de responsabilização não pode exercer-se à margem do próprio paradigma do Estado de Direito. Isso significa que todo policial acusado de desvio em razão da função possui direito às mesmas garantias que todos os demais cidadãos possuem quando acusados da prática de um ilícito (administrativo ou criminal), em especial o direito ao contraditório, à ampla defesa (preferencialmente por advogado, ainda que na esfera administrativa), ao acesso à justiça contra punições disciplinares, e ao direito ao recurso³⁰.

Ainda que o Estado de Direito esteja limitado por suas garantias tradicionais, a sua credibilidade está em demonstrar que as instituições estatais fizeram o máximo que estava ao seu alcance para efetivamente esclarecer um determinado ato delituoso. Quando não se faz o máximo possível, cria-se uma crise de legitimidade sobre as instituições do Estado de Direito³¹. A incapacidade do Ministério Público e do Judiciário em responsabilizar penalmente os

³⁰ Sobre a relevância de proteção ao devido processo legal para o policial investigado, ver Fletcher, 2001:413; Goldsmith, 1999:64. O STF já se pronunciou sobre a necessidade de se respeitar o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal para a aplicação de penalidades disciplinares a policiais: STF, Pleno, ADI 2.120, rel. Min. Celso de Mello, j. 16 out. 2008, *Informativo* 524. Um caso ocorrido em São Paulo (e com relevância nacional) ilustra bem como os fins não justificam os meios, nem mesmo na própria persecução do desvio policial. Nesse caso, havia a suspeita de que uma escrivã de polícia estava envolvida em um esquema de corrupção, recebendo dinheiro de investigados para favorecer a ocultação de fatos investigados. Num determinado dia, houve a suspeita concreta de que ela havia recebido dinheiro, tendo sido chamados integrantes da Corregedoria para revistar a escrivã à procura do dinheiro recebido. Quase dez homens integrantes da Corregedoria determinaram à escrivã que retirasse suas roupas para que se procedesse à revista para localização do dinheiro recebido. Após inicialmente resistir à necessidade da revista, a escrivã solicitou que ela fosse realizada apenas por outras mulheres, o que lhe foi negado, sendo sido algemada e retiradas à força suas calças e calcinha, sendo efetivamente localizado o valor de duzentos reais dentro da roupa íntima. O fato foi gravado pelos próprios policiais para ser utilizado como prova da corrupção, todavia, tornou-se posteriormente a prova do abuso de autoridade que os policiais da Corregedoria praticaram, ao permitirem que homens realizassem revista pessoal em áreas íntimas de uma mulher. O caso ocorreu em 2009 e os policiais homens foram sumariamente inocentados pela Corregedoria quanto à revista realizada. Após a repercussão pública das imagens em 2011, a Corregedora de Polícia foi afastada de seu cargo por ter apoiado tal diligência, bem como os delegados de polícia que realizaram a diligência. Nesse caso, é obvio que a conduta da escrivã supostamente corrupta de receber valores para praticar atos ilegais era criminosa e reprovável, todavia, para punir um ato de corrupção não se pode perder de vista que a investigada também possui direitos a serem respeitados e que o abuso de autoridade macula toda a legitimidade da investigação da corrupção. A reportagem com o vídeo da revista pessoal está disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/sp/mp+vai+investigar+delegados+que+aparecem+em+video+de+exescriva/n1238091819932.html>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

mandantes de graves violações de direitos humanos, penalizando apenas os executores como bodes expiatórios, não promove os valores do Estado de Direito, antes acaba por colocá-lo em ridículo³².

5.1.3 *Segue: Jurisprudência de Cortes Internacionais sobre a obrigação estatal de investigação eficiente de desvios policiais*

Diversos tratados internacionais prevêm a proibição de maus tratos e de tratamentos desumanos e degradantes como um direito humano essencial e a obrigação dos Estados de assegurar uma proteção adequada contra tais violações, mediante um processo justo e célere. A partir dessa cláusula, diversas cortes internacionais têm construído uma forte jurisprudência de que há uma obrigação estatal de investigação eficiente de arbitrariedades praticadas por agentes do estado, especialmente por policiais.

Nesse sentido é a jurisprudência da CIDH, que deriva a obrigação de investigação eficiente de brutalidade policial do art. 1.1 (obrigação genérica de respeito aos direitos humanos), vedação de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art. 5.2), direito à proteção judicial em prazo razoável (art. 8.1 e art. 25.1)³³. O *leading case* é o *Caso Velasquez Rodríguez*³⁴, cuja sentença de mérito, interpretando o Pacto de São José da Costa Rica, foi proferida em 29 de julho de 1988. Entendeu-se, na ocasião, que a “a primeira obrigação assumida pelos Estados Partes [...] é a de ‘respeitar os direitos e liberdades’ reconhecidos na Convenção”,

³¹ Segundo Wechter, 2004:8, “o órgão de controle da atividade policial deve ver um reclamante como um consumidor insatisfeito: mesmo que a agência de controle não possa dar-lhe tudo o que ele deseja, deveria esforçar-se para deixar impressões positivas quanto à justiça do processo de reclamação”.

³² Nesse sentido: Benda, 2001:514.

³³ Sobre a eficácia das decisões da CIDH no ordenamento jurídico brasileiro, ver Seixas, 2011. Sobre a jurisprudência da CIDH quanto ao tema, especialmente em relação à impossibilidade de anistia de atos de violência estatal, ver Weichert, 2001:974-978. Grande parte dos argumentos aqui utilizados também foram referidos no Parecer do PGR proferido na ADIN 4271, do STF, que questiona a constitucionalidade do poder de investigação do MP, tendo o PGR concluído que a investigação eficiente de crimes praticados por policiais é expressão de uma imposição de normas internacionais, com vigência no Brasil, sobre a proibição de maus tratos e tratamentos desumanos e degradantes, o que exigiria também uma postura ativa do Ministério Público na investigação desses delitos.

³⁴ CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, 29 jul. 1988, rel. juiz Piza.

isso porque “o exercício da função pública tem limites que derivam de os direitos humanos serem atributos inerentes à dignidade humana, e, em consequência, superiores ao poder do Estado”³⁵

Em seguida, a CIDH afirmou que tal obrigação implicava no dever dos Estados Partes de organizarem todo o aparelho estatal e todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, para que fossem capazes de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Pelo que conclui, categórica³⁶: “Como consequência dessa obrigação os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção(...)”. E reitera no § 174 da decisão que³⁷:

O Estado tem o dever jurídico de prevenir razoavelmente as violações de direitos humanos, investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que se tenham cometido dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma resposta adequada.

Abordando diretamente o dever de investigar, a CIDH destaca³⁸:

O Estado está, por outro lado, obrigado a investigar toda situação em que se tenham violado direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado atua de modo que a violação permaneça impune e não se restabeleça, quanto possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que descumpriu o dever de garantir o livre e pleno exercício [daqueles direitos] às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O mesmo é válido quando se tolera que os particulares ou grupos deles atuem livre ou impunemente em menoscabo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção.

³⁵ CIDH, Caso *Velásquez Rodríguez*, § 165. No original, e na íntegra: “165. A primeira obrigação assumida pelos Estados Partes, nos termos do citado artigo, é a de ‘respeitar os direitos e liberdades’ reconhecidos na Convenção. O exercício da função pública tem limites que derivam da consideração de que os direitos humanos são atributos inerentes dignidade humana e, como consequência, superiores ao poder do Estado. Como se disse em outra oportunidade, a proteção aos direitos humanos, em especial aos direitos civis e políticos reconhecidos na Convenção, parte da premissa da existência de certos atributos invioláveis da pessoa humana, que não podem ser legitimamente vilipendiados pelo exercício do poder público. Trata-se de esferas individuais que o Estado não pode vulnerar, ou que apenas pode restringir de forma limitada. Assim, na proteção dos direitos humanos, está necessariamente compreendida a noção de restrição ao exercício do poder estatal (A expressão ‘leis’ no art. 30 da CADH, Opinião Consultiva n. OC-6/86 de 9 maio 1986, Séria A, n. 6, § 21)”.

³⁶ CIDH, Caso *Velásquez Rodríguez*, § 166.

³⁷ CIDH, Caso *Velásquez Rodríguez*, § 174.

³⁸ CIDH, Caso *Velásquez Rodríguez*, § 176. Na íntegra, no original: “176. O Estado está, por outra parte, obrigado a investigar toda situação na qual se haja violado os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato estatal atual de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, tanto quanto possível, a plenitude dos direitos da vítima, pode-se afirmar que o Estado descumpriu o dever de garantir o livre e pleno exercício às pessoas submetidas à sua jurisdição. O mesmo é válido quando se tolera que os particulares ou grupos deles atuem livre ou impunemente na violação aos direitos humanos reconhecidos na Convenção”.

Com base nesse importante precedente, a CIDH reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro, por violação do dever de investigar, nos casos Carandiru³⁹, Parque São Lucas⁴⁰ e Corumbiara⁴¹.

E, examinando o caso 12.051⁴², Maria da Penha Maia Fernandes, de violência contra a mulher, que se tornou famoso também no Brasil, pela resposta que deu após ser reconhecida sua responsabilidade internacional, promulgado a *Lei Maria da Penha*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reafirmou a responsabilidade e o dever do Estado em assegurar à vítima uma investigação pronta, exaustiva, por órgão autônomo e independente.

³⁹ CIDH, Caso *Carandiru*, Relatório n° 34/00, Caso n. 11.29. Conferir: “71. A CIDH observa que, seguindo a mesma diretriz aplicada a casos anteriores, cumpre analisar e avaliar o presente caso à luz dos critérios estabelecidos nos 'Princípios relativos a uma eficaz prevenção e investigação das execuções extrajudiciais, arbitrárias ou sumárias' adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Resolução 1989/65), a fim de determinar se o Estado cumpriu a sua obrigação de investigar de forma imediata, exaustiva e imparcial as execuções sumárias de pessoas que se encontravam sob o seu controle exclusivo. De acordo com esses princípios, em casos da natureza deste a investigação deve ter por objetivo determinar a causa, a forma e o momento da morte, a pessoa responsável e o procedimento ou prática que pudesse tê-la provocado. Assim, cumpre proceder a uma autópsia adequada, compilar e analisar todas as provas materiais e documentais e recolher as declarações das testemunhas. A investigação deverá fazer a distinção entre a morte por causas naturais, a morte por acidente, o suicídio e o homicídio. 72. Os referidos princípios foram previstos com a aprovação do 'Manual sobre a prevenção e investigação eficazes das execuções extralegais, arbitrárias ou sumárias', segundo o qual o principal objetivo de uma investigação é 'descobrir a verdade acerca de acontecimentos que ocasionaram a morte suspeita de vítima'. Para esse efeito, o Manual estabelece que aqueles que procedem à indagação devem adotar, pelo menos, as seguintes medidas: [...] 74. A Comissão comprova que essas normas não foram respeitadas, mas sistematicamente violadas com intuito de destruir a evidência e evitar a identificação e condenação dos responsáveis”.

⁴⁰ CIDH, Caso 42° *Distrito Policial Parque São Lucas*, Informe n. 40/03, Caso n. 10.301, 8 out. 2003, disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2003port/brasil.10301.htm#_ftn46#_ftn46>, acesso em: 12 ago. 2012. Conferir: “60. O Estado brasileiro assumiu, de conformidade com a Convenção, a obrigação de investigar e punir os policiais envolvidos, dever este que deriva do artigo 1.1, da Convenção e de caráter contínuo até a solução do caso. Ademais, segundo a Comissão, dessa obrigação deriva também o dever concreto de oferecer as garantias judiciais necessárias (artigo 8 da Convenção) bem como a proteção judicial (artigo 25 do mesmo instrumento) às vítimas e seus familiares. [...] 65. No caso *sub judice*, a Comissão considera que a falta de eficiência para punir os policiais envolvidos, especialmente da Justiça Penal Militar, comprometeu a responsabilidade internacional do Estado brasileiro. [...]”.

⁴¹ CIDH, Caso *Corumbiara*, Informe n° 32/04, Caso 11.556, 11 mar. 2004, disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Brasil.11556.htm>>, acesso em: 12 ago. 2012. Conferir: “207. A Comissão observa, em relação à morte da criança Vanessa dos Santos Silva, que o Estado brasileiro violou sua obrigação de garantir o direito humano à vida, dado que não efetuou uma investigação séria, órgão autônomo, independente e imparcial, das circunstâncias de sua morte. Como se explica infra, a investigação levada a cabo pela Polícia Militar não cumpre por ser com tais requisitos [...]”.

⁴² CIDH, Caso *Maria da Penha Maia Fernandes*, Relatório n° 54/01, Caso 12.051, 4 abr. 2001, disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftn16>, acesso em: 12 ago. 2012.

Em síntese, a CIDH tem reiteradamente afirmado que, quando há uma violação ao direito à vida ou à vedação de maus tratos⁴³:

[...] o Estado tem o dever de iniciar *ex officio* e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva, que não se empreenda como uma mera formalidade condenada de antemão a ser infrutífera. Esta investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, ajuizamento e punição de todos os responsáveis pelos fatos, especialmente quando estejam ou possam estar implicados agentes estatais.

E conclui que a condução de um processo efetivo (e não meramente formal) de responsabilização pelas violações de direitos humanos é um pressuposto básico para a existência de um Estado de Direito em uma sociedade democrática⁴⁴.

Em síntese, a orientação dessas Cortes Internacionais é a de que a efetivação dos direitos humanos exige uma atuação positiva do Estado, de investigar, pronta, completa e imparcialmente, os fatos que atendem contra as liberdades individuais⁴⁵.

O TEDH também tem tido uma fértil jurisprudência sobre o tema. Apesar de seus precedentes não vincularem diretamente o Brasil, eles se fundamentam em disposições convencionais de redação muito semelhante, de sorte que a análise comparada permite extrair importantes recursos argumentativos quanto a normas de idêntica vigência no Brasil⁴⁶.

O TEDH entende que quando uma pessoa argúi que foi submetida a maus tratos por agentes do Estado, a noção de *effective remedy* (prevista no art. 13 da CEDH) impõe, além do

⁴³ CIDH, Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4 jul. 2006, § 148. Ver no mesmo sentido: CIDH, Caso *Baldeón García*, 6 abr. 2006, Série C, n. 147, § 92-94; Caso do *Massacre de Puerto Bello*, 31 jan. 2006, Série C, n. 140, § 143; Caso do *Massacre de Mapiripán*, 15 set. 2005, Série C, n. 134, § 219 e 223; Caso da *Comunidade Moiwana*, 15 jun. 2005, Série C, n. 124, § 203.

⁴⁴ Nesse sentido, há vasta jurisprudência da CIDH: Caso *Baldeón García*, 6 abr. 2006, Série C, n. 147, § 144; Caso *López Álvarez*, 1 fev. 2006, Série C, n. 141, § 138; Caso *Palamara Iribarne*, 22 nov. 2005, Série C, n. 135, § 184; Caso *Acosta Calderón*, 24 jun. 2005, Série C, n. 129, par. 93; Caso *Yatama*, 23 jun. 2005, Série C, n. 127, § 169; Caso das *Irmãs Serrano Cruz*, 1 mar. 2005, Série C, n. 120, § 75; Caso *Tibi*, 7 set. 2004, Série C, n. 114, § 131; Caso *19 Comerciantes*, 5 jul. 2004, Série C, n. 109, § 193; Caso *Maritza Urrutia*, 27 nov. 2003, Série C, n. 103, § 117; Caso *Juan Humberto Sánchez*, 7 de junho de 2003, Série C, n. 99, § 121; Caso *Cantos*, 28 nov. 2002, Série C, n. 97, § 52; Caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, 21 jul. 2002, Série C, n. 94, § 150; Caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awá Tingni*, 31 ago. 2001, Série C, n. 79, par. 112; Caso *Ivcher Bronstein*, 6 fev. 2001, Série C, n. 74, § 135; Caso do *Tribunal Constitucional*, 31 jan. 2001, Série C, n. 71, § 90; Caso *Bámaca Velásquez*, 25 nov. 2000, Série C, n. 70, § 191; Caso *Cantoral Benavides*, 18 ago. 2000, Série C, n. 69, § 163; Caso *Durand y Ugarte*, 16 ago. 2000, Série C, n. 68, § 101; e Caso dos *“Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, 19 nov. 1999, Série C, n. 63, § 234.

⁴⁵ Luciano Feldens, ob.cit p.235

⁴⁶ Especificamente sobre a jurisprudência do TEDH quanto ao uso da força letal por policiais, ver Cameron, 2005.

pagamento de uma indenização apropriada, o direito a uma investigação ampla e efetiva capaz de levar à identificação e punição dos responsáveis, a qual deve incluir o direito de acesso do reclamante ao procedimento de investigação⁴⁷. Uma ineficiência do Estado em punir os policiais por seus desvios seria um fator de favorecimento à sua reiteração, criando uma situação de “quase impunidade”⁴⁸. Há uma obrigação estatal de atuar num prazo imediato razoável para realizar tal investigação, seja imediatamente após a reclamação do ofendido, seja logo após receber os sinais indicativos de possível ato de abuso de autoridade.

A obrigação de investigar é uma obrigação de meios, não de resultados; ou seja, nem sempre toda investigação levará à confirmação da versão do reclamante, mas pressupõe-se que a investigação possa aproximar-se da verdade e, constatada uma violação, assegurar a identificação e punição dos responsáveis⁴⁹. Assim, as autoridades de investigação não podem se conformar com conclusões precipitadas ou mal-fundadas para encerrar uma investigação, mas devem proceder a todas as diligências possíveis num caso concreto para preservar as provas do crime, em especial uma declaração minuciosa da vítima do crime, testemunhas oculares, perícias locais e médicas capazes de providenciar a documentação das lesões e esclarecer suas causas; uma falha em proceder a essa investigação efetiva constitui uma violação à obrigação de assegurar proteção contra maus tratos⁵⁰.

Ainda que se considerem dificuldades inerentes à investigação de crimes praticados por policiais, uma resposta pronta das autoridades na investigação de maus tratos pode ser considerada como essencial para manter-se a confiança pública e sua adesão ao Estado de

⁴⁷ TEDH, *Çelik e İmret vs. Turquia*, acórdão n. 44093/98, 26 out. 2004, §54; *Assenov et al. vs. Bulgária*, 28 out. 1998, §§ 102-103; *Ay vs. Turquia*, acórdão n.º 30951/96, § 59-60, 22 mar. 2005; *Şafak vs. Turquia*, acórdão n.º 38879/03, § 66, 25 jan. 2011. Mais genericamente sobre a ideia de *positive obligations* contra tratamentos desumanos ou degradantes, e seus contornos sobre a obrigação de investigação eficiente, ver TEDH, *M. el al. vs. Itália e Bulgária*, 31 jul. 2012.

⁴⁸ TEDH, *Mete et al. vs. Turquia*, 4 out. 2011, § 121; *Labita vs. Itália*, 6 abr. 2000, § 131.

⁴⁹ TEDH, *Paul e Audrey Edwards vs. UK*, acórdão n. 46477/99, § 71; *Mahmut Kaya vs. Turquia*, acórdão n. 22535/93, § 124; *Mikheyev vs. Rússia*, acórdão n. 77617/01, 26 jan. 2006, § 107.

⁵⁰ TEDH, *Mikheyev vs. Rússia*, acórdão n. 77617/01, 26 jan. 2006, § 108; *Nadrosov vs. Rússia*, acórdão n. 9297/02, 31 jul. 2008, § 38; *Yelden et al. vs. Turquia*, acórdão n. 16850/09, 3 maio 2012; *Salikhov vs. Rússia*, acórdão n. 23880/05, 3 maio 2012. Em sentido contrário, reconhecendo que se houve uma investigação efetiva que não constatou os alegados maus tratos, não há violação à garantia fundamental, ver: TEDH, *Stasi vs. França*, acórdão n. 25001/07, 20 out. 2011. Alguns países são sistematicamente condenados por omissões de esclarecimentos de crimes praticados por policiais, como é o caso da Ucrânia (ver TEDH, *Kaverzin vs. Ucrânia*, acórdão n. 23893/03, 15 maio 2012).

Direito, e para se prevenir qualquer aparência de colusão ou tolerância como atos ilegais⁵¹. Deve-se levar em consideração, especialmente, que pessoas submetidas a maus tratamentos por autoridades do Estado podem estar não dispostas a formular uma reclamação por receio de represálias e, mesmo assim, há uma responsabilidade do Estado em apurar tais fatos⁵².

O TEDH considera que, para se assegurar a manutenção da confiança pública na adesão das autoridades públicas ao modelo de Estado de Direito, e para prevenir-se qualquer aparência de colusão ou tolerância de atos ilegais, deve haver suficiente fiscalização pelo público sobre as investigações ou sobre seus resultados, para assegurar a *accountability* tanto na teoria quanto na prática, reconhecendo-se que o nível de fiscalização pelo público pode variar de caso para caso⁵³. Todavia, em qualquer situação, deve-se permitir que a vítima dos maus tratos tenha um acesso efetivo ao procedimento de investigação⁵⁴. Esse direito de acesso ao procedimento deve abranger também o direito a ser intimada da decisão de arquivamento das investigações por insuficiência de provas⁵⁵.

Um posterior arquivamento das investigações por anistia, prescrição ou insuficiência de realização de diligências investigativas constitui uma violação à proibição de tratamentos cruéis⁵⁶. Esse entendimento do TEDH estende-se não apenas para os casos de tortura, mas também para os tratamentos desumanos ou degradantes, os quais são tão graves para o paradigma do Estado de Direito que tais crimes não deveriam admitir prescrição, anistia, graça ou *sursis* à execução da pena⁵⁷.

Essa obrigação de investigar os desvios policiais abrange uma obrigação de estabelecer condições que permitam a devida identificação dos policiais responsáveis pela abordagem. Por exemplo, o TEDH considera que não é proporcional o uso de agentes armados e

⁵¹ TEDH, *Hacı Özen v. Turquia*, 12 set. 2007, § 64.

⁵² TEDH, *et al. vs. Turquia*, acórdãos n. 33097/96 e 57834/00, § 137.

⁵³ TEDH, *Naboyshchikov vs. Rússia*, acórdão n. 21240/05, 27 out. 2011, § 68.

⁵⁴ TEDH, *Mikheyev vs. Rússia*, acórdão n. 77617/01, 26 jan. 2006, § 109; *Maksimov vs. Rússia*, acórdão n. 43233/02, 18mar. 2010, § 83; *Lopata vs. Rússia*, acórdão n. 72250/01, 13 jul. 2010, § 110.

⁵⁵ TEDH, *Kleyn e Aleksandrovich vs. Rússia*, acórdão n. 40657/04, 3 maio 2012.

⁵⁶ TEDH, *Batı et al. vs. Turquia*, acórdãos n. 33097/96 e 57834/00 § 146; *Selmouni vs. França* acórdão n. 25803/94, §§ 78-79, *Fazıl Ahmet Tamer et al. vs. Turquia*, acórdão n. 19028/02, § 96, 24 jul. 2007; *Gümüşsoy vs. Turquia*, acórdão n. 51143/07, 11 out. 2011.

⁵⁷ TEDH, *Zeynep Özcan vs. Turquia*, acórdão n. 45906/99, 20 fev. 2007, § 45; *Okkalı vs. Turquia*, acórdão n. 52067/99, §§ 76 e 78; *Abdiülsamet Yaman vs. Turquia*, acórdão n. 32446/96, § 55; *Cığırhun Öner vs. Turquia* 2, acórdão 2858/2007, 23 fev. 2011, § 101.

encapuzados para realizar a prisão de uma pessoa em sua residência familiar, na companhia de uma filha de cinco anos⁵⁸.

Ao menos dois casos são relevantes e ilustrativos da posição do TEDH sobre a obrigação dos Estados membros de investigar e punir efetivamente os desvios policiais. Analisaremos brevemente os casos *Labita* (caso de agressões físicas) e *Alijak* (execução praticada pela Polícia).

No caso *Labita*⁵⁹, uma pessoa foi presa por suspeita de envolvimento em atividades mafiosas, com fundamento no testemunho de uma única pessoa (um *pentiti*, ou seja, um arrependido que recebeu delação premiada), que por sua vez apenas referia informações repassadas por outra pessoa, já morta. Com base nessa informação ele ficou preso por quase três anos (quase o período integral da pena), até ser absolvido por falta de provas. Durante sua detenção na prisão de segurança máxima da ilha de Pianosa, Labita afirmou que foi vítima de vários atos de brutalidade policial, entre os quais⁶⁰:

- (i) Ele era regularmente agredido e alega lesão em seu polegar direito. Ele informa que os agentes penitenciários tinham a prática sistemática de espremer os testículos dos prisioneiros.
- (ii) Em uma ocasião ele foi agredido e sua ponte dentária quebrou-se. Ele reclamou. Duas horas depois um guarda ordenou-lhe para se calar, xingou-o e depois agrediu-o novamente, quebrando os seus óculos e também um implante dentário.
- (iii) Ele foi maltratado em outras ocasiões. Os guardas colocavam produtos de limpeza misturados com água no chão do corredor, tornando-o escorregadio, e obrigavam os detentos a correrem pelo corredor, passando pelo meio de uma fila dupla de guardas (corredor polonês), de sorte que os detentos que escorregassem eram agredidos pelos guardas com seus bastões.
- (iv) Ele era frequentemente submetido a revistas pessoais durante seu banho.
- (v) Ele tinha de esperar longos períodos de tempo até poder receber a visita de um médico, e permanecia algemado durante o atendimento médico.
- (vi) Os guardas ameaçavam os prisioneiros informando-os que eles seriam vítimas de represálias se eles informassem seus advogados ou outros prisioneiros sobre o mau tratamento que eles estavam recebendo.

⁵⁸ TEDH, *Hristovi vs. Bulgária*, acórdão. n. 42697/05, 11 out. 2011.

⁵⁹ TEDH, *Labita vs. Itália*, 6 abr. 2000.

⁶⁰ §§ 29, 30 e 61 do acórdão citado.

(vii) Quando na presença dos guardas, os prisioneiros eram obrigados a manterem suas cabeças baixas, manter os olhos no chão, mostrar respeito, permanecer em silêncio e manterem-se alertas.

(viii) Os prisioneiros eram transferidos da prisão para as audiências de julgamento em condições subumanas: no cubículo de uma viatura, sem ar, luz ou alimentação e em condições precárias de higiene.

(ix) a correspondência do preso era constantemente submetida a prévia censura para ser encaminhada, tendo algumas correspondências entre familiares sido interceptadas e não entregues, e algumas correspondências com seu advogado sido lidas pela administração penitenciária.

Essas alegações foram acompanhadas do prontuário médico do preso, que demonstraram que houve uma ruptura no implante dentário e uma lesão no seu joelho durante seu período na prisão, e que após sua liberação a pessoa passou a sofrer de transtornos psicológicos, por fatos iniciados durante sua estadia na prisão. Um relatório do juiz responsável pela execução penal demonstrou uma repetição de atos de agressões a prisioneiros no mesmo período, indicando que tais atos seriam realizados como uma intimidação geral aos prisioneiros, bem como um relatório dos inspetores de polícia da Toscana indicou, com fundamento em “fontes fidedignas” a ocorrência de atos de mau tratamento na prisão de Pianosa. Apesar dessas informações, a investigação conduzida pelo Ministério Público não conseguiu identificar especificamente os policiais responsáveis pelas agressões, tendo o caso sido arquivado (o preso afirmou não ter condições de realizar a identificação com as fotografias que lhe foram mostradas, por serem já antigas, mas indicou que teria condições de realizar uma identificação pessoal, que ao final não foi realizada). Após sua absolvição, o acusado foi indenizado pelo fato de ter permanecido preso indevidamente (não pelos maus tratos).

Mesmo após sua absolvição em primeira instância, o acusado continuou submetido a medidas cautelares restritivas de direitos, como a prisão domiciliar noturna, a proibição de sair da cidade, não ter encontros públicos, não manter contato com outras pessoas com antecedentes criminais. Tais medidas ainda duraram mais 3 anos, até o trânsito em julgado final do caso, com a definitiva absolvição.

Nesse caso, o TEDH entendeu que o Estado Italiano falhou em manter um sistema que evitasse de forma adequada a brutalidade policial nas prisões. Todavia, apesar de

reconhecer que as alegações do recorrente configuraria um tratamento desumano e degradante⁶¹, o TEDH reconheceu, por nove votos contra oito, que não havia prova suficiente de que especificamente no caso do recorrente, ocorreram atos de abuso de autoridade, apesar de serem seriamente indicativas de que houve o abuso (considerando-se especialmente que o preso não reclamou prontamente de ter sofrido agressões). Os votos vencidos manifestaram-se no sentido de que as exigências probatórias devem ser diminuídas pelo fato de o recorrente estar preso, sendo compreensível que ele tenha receio de denunciar imediatamente um ato de abuso de autoridade em razão das ameaças de represálias dos policiais, de sorte que levantam-se “sérias presunções” de abuso se um preso é agredido durante o período de sua detenção. Assim, a exigência de prova necessária para condenar um policial por abuso seria diferente da exigida numa ação de indenização de vítima de abuso de autoridade certo praticado por um policial incerto.

Todavia, o TEDH entendeu que não houve uma investigação ampla do desvio policial, reconhecendo falhas especialmente no lapso de tempo entre as declarações de que foi vítima de abuso de autoridade e a diligência de reconhecimento fotográfico (14 meses), bem como no fato de o preso indicar que teria condições de realizar uma identificação pessoal e tal não ser providenciada, mesmo diante de indicativos de casos semelhantes de outras agressões na prisão. O TEDH considerou que uma investigação ampla do desvio policial era essencial para assegurar a efetividade da garantia de segurança aos direitos fundamentais contra maus tratos no

⁶¹ Conferir argumentação no § 120 do caso *Labita*: “A Corte considera que mau tratamento de conter um nível mínimo de severidade para recair no âmbito de proteção do art. 3º. O estabelecimento desse mínimo é relativo: depende de todas as circunstâncias do caso, como a duração do tratamento, seus efeitos físicos e mentais e, em alguns casos, do sexo, idade e estado de saúde da vítima. Em relação a uma pessoa privada de sua liberdade, o recurso à força física quando não for estritamente necessária, por si mesmo, diminui a dignidade humana e, em princípio, constitui uma violação ao direito estabelecido no art. 3º (ver *Tekin vs. Turquia*, 9 jun. 1998...) O tratamento foi considerado pela Corte como ‘desumano’ porque, inter alia, ele foi premeditado, foi aplicado por horas a fio e causou tanto lesões corporais e intenso sofrimento físico e mental, bem como é ‘degradante’ porque permitiu infligir em suas vítimas sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capaz de humilhá-las e rebaixá-las. Para que uma punição ou tratamento associado seja considerado ‘desumano’ ou ‘degradante’, o sofrimento ou humilhação envolvidos devem ir além do inevitável elemento de sofrimento e humilhação inerente a determinada forma legítima de tratamento ou punição. A questão de saber se a finalidade do tratamento foi de humilhar ou depreciar a vítima é um fator adicional a ser levado em consideração (ver *V. vs. UK*, acórdão n. 24888/94, § 71,... e *Ranine vs. Finlândia*, 16 dez. 1997, § 55...), mas a falta de tal propósito não pode afastar de forma conclusiva a constatação de violação ao art. 3º.

âmbito da atividade policial⁶². Por não providenciar uma investigação ampla e efetiva do ato de desvio policial, o Estado Italiano foi condenado a uma indenização a favor do recorrente⁶³.

Em outros precedentes, o TEDH reconheceu que, para que a investigação do desvio policial seja efetiva, é essencial que os responsáveis e os que conduzem concretamente a investigação sejam efetivamente independentes em relação àqueles que são investigados⁶⁴. Isso envolve não apenas ausência de ligações hierárquicas ou institucionais, mas igualmente uma independência prática⁶⁵.

Outro interessante caso de violência policial, relativo ao uso desnecessário de força letal e de ineficiência da investigação do desvio policial conduzida pela própria Polícia, foi apreciado pelo TEDH no caso *Alijak et al. vs. Itália* (29 mar. 2011), tendo o tribunal de Estrasburgo condenado a Itália por violação substancial e procedimental ao art. 2 da CEDH, em relação ao homicídio de um rapaz albanês por um agente policial. Nesse caso, ocorrido em 1997, a vítima estava guiando um veículo junto com outros três amigos, quando foram abordados pela Polícia por suspeita de excesso de velocidade. Ao pararem o veículo os jovens saíram correndo pela ribanceira lateral à estrada. Iniciou-se uma perseguição, tendo o policial disparado duas vezes para o alto e, após, uma vez em direção ao rapaz, tendo acertado-o fatalmente no coração, com morte instantânea. Aberta a investigação do caso, ela foi conduzida pelo mesmo corpo

⁶² Conferir o teor do § 131 do caso *Labita*: “A Corte considera que quando uma pessoa faz uma afirmação crível de que ela foi vítima de tratamento infringente do art. 3º praticado por policiais ou outros agentes similares do Estado, referido dispositivo, lido em conjunto com o dever geral do Estado sob o art. 1º da Convenção de ‘assegurar a qualquer pessoa sob sua jurisdição os direitos e liberdades definidos [...] na] Convenção’, exige por consequência que deve haver uma investigação oficial eficiente. No caso de uma investigação relativa ao art. 2º [direito à vida], tal investigação deveria ser capaz de levar à identificação e punição dos responsáveis (em relação ao art. 2º, ver *McCann et al. vs. UK*, 27 set. 1995, § 161; *Kaya vs. Turquia*, 19 fev. 1998, § 86; e *Yaşa vs. Turquia*, 2 set. 1998, § 98). Ademais, a proibição legal geral de tortura e tratamentos e punições desumanos e degradantes seria, apesar de sua importância fundamental [...], ineficiente na prática e seria possível em alguns casos que agentes do Estado abusem dos direitos daqueles sob seu controle com uma virtual impunidade (*Assenov et al. vs. Bulgária*, 28 out. 1998, § 102). Em outros casos de lesões extensas experimentadas por pessoas presas, o TEDH entende que há uma verdadeira inversão do ônus da prova, sendo obrigação do Estado provar que as lesões ocorreram no estrito cumprimento do dever legal (TEDH, *Nitsov vs. Rússia*, acórdão n. 35389/04, 3 maio 2012).

⁶³ Nesse caso o TEDH também considerou que o período tão dilatado da prisão, de quase 3 anos, foi desproporcional e violou o direito à liberdade previsto no art. 5º, que a violação à correspondência do preso (tanto com a família quanto com o advogado) por um período dilatado de tempo, mesmo com autorização judicial, também violou seu direito ao respeito à correspondência previsto no art. 8º da CEDH e que a manutenção de medidas cautelares restritivas de direitos após a absolvição em primeira instância na pendência do recurso da acusação não era “necessária em uma sociedade democrática”, constituindo uma violação ao art. 2º do Protocolo n. 4 à CEDH; todavia deixaremos de analisar esses pontos pois eles não estão diretamente relacionado com o problema do controle da atividade policial (apesar de agravarem a situação sofrida pela vítima).

⁶⁴ TEDH, *Güleç vs. Turquia*, 27 jul. 1998, §§ 81-82; *Öğür vs. Turquia*, acórdão n. 21954/93, §§ 91-92.

policial ao qual pertencia o policial que efetuara os disparos. Ao ser acusado de homicídio doloso, o policial foi absolvido em primeira instância ao argumento de que o disparo foi acidental, eis que estavam em terreno inclinado, úmido e escorregadio. Em recurso, julgado em 2006, o policial foi condenado por homicídio culposo, sendo-lhe todavia, reconhecidas as atenuantes de “idade jovem” e de “ser membro da Polícia”. Diante da baixa pena, foi reconhecida a prescrição. A Corte de Cassação recusou o recurso do Ministério Público em 2008. O TEDH considerou que havia no caso uma violação substancial e procedimental à vedação de tratamentos cruéis pela Polícia. A violação substancial era relativa à absoluta ausência, na Itália, de uma lei que regulasse de modo minucioso o uso de armas de fogo (e outras) pelos agentes da força policial, em conformidade com as diretrizes traçadas por instrumentos internacionais, especialmente pelas Regras básicas da ONU de uso da força e armas de fogo por agentes de aplicação da lei de 1990. No caso concreto, considerou-se que o uso da força letal pelo policial não foi proporcional, pois, mesmo que o disparo houvesse sido acidental, não era razoável que o policial efetuasse a perseguição de arma em punho em um terreno íngreme e escorregadio, a pessoas em relação aos quais não havia qualquer suspeita concreta de serem perigosos (e que se limitavam a fugir da Polícia).

Já a condenação por violações processuais se deu em duas bases. Primeiro, pelo fato de não ter ocorrido uma investigação independente, conduzida sem participação de policiais com ligações com os investigados (como seus colegas de trabalho e seu superior imediato). Em segundo lugar, o fato de a Itália ter permitido a ocorrência da prescrição, especialmente na situação concreta, concedendo a atenuante de ser policial, bem como o fato de, nesse intermédio, o policial não ter sofrido qualquer penalidade disciplinar, acaba por criar um sistema que não criaria contra-incentivos à prática de atos de violência pela Polícia e não asseguraria de forma apropriada a proteção dos valores contidos no princípio da proibição de tratamentos cruéis pelo Estado. Em consequência dessa dupla violação do art. 2º da CEDH, o TEDH condenou a Itália a indenizar os parentes da vítima no valor de total de 90.000 euros⁶⁶.

⁶⁵ TEDH, *Ergi vs. Turquia*, 28 jul. 1998, §§ 83-84; *Kelly et al. vs. UK*, acórdão n. 30054/96, 4 mai 2001, § 114.

⁶⁶ Vale conferir o trecho em que o TEDH considera que um sistema ineficiente de punição de desvios policiais não assegura uma proteção eficiente à vedação de tratamentos cruéis: “A Corte considera que, longe de ser rigoroso, um sistema penal tal o que foi aplicado na espécie não poderia gerar uma força dissuasiva própria a assegurar a prevenção eficaz de atos ilegais tais os que foram denunciados pelos requerentes. Nas circunstâncias particulares do caso, chega-se à conclusão de que o procedimento penal litigioso não ofereceu uma atenção apropriada à

5.2 Experiências internacionais de auditoria e investigação dos desvios policiais

Há diversas experiências de *accountability* na atividade policial, cada uma específica para uma determinada sociedade, limitada no tempo e espaço. Não é possível importar de forma simplista soluções de outros sistemas, pois elas estão limitadas pelos arranjos sociais e político-institucionais de suas próprias realidades. Todavia, pode-se aprender com seus possíveis acertos e erros para adaptar tais experiências às possíveis virtualidades de utilidade para outro sistema⁶⁷.

5.2.1 Diretrizes da ONU

É possível verificar duas linhas de diretrizes expedidas pela ONU sobre o controle externo da atividade policial. Uma é mais genérica, e refere-se à obrigatoriedade de visitas periódicas a centros de detenção, o que inclui as unidades policiais onde haja presos provisórios. Outra é mais específica sobre a criação de órgãos de controle externo para a fiscalização do padrão real de atuação policial. Vejamos.

O Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra Tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, adotado pela Assembleia Geral da ONU pela Resolução A/RES/57/199, de 18 de dezembro de 2002 e ratificado pelo Brasil em 2007, reconhece em suas considerações preliminares que “a proteção de pessoas privadas de liberdade contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes pode ser reforçada por meios não-judiciais de natureza preventiva, baseados em visitas regulares a centros de detenção”.

Por esse motivo, referido protocolo estabelece um sistema de visitas regulares efetuadas por órgãos nacionais e internacionais independentes em locais de privação de liberdade com a finalidade de prevenir a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, com a finalidade de detectar áreas de risco para a prática de tortura ou tratamentos cruéis e para expedir as respectivas recomendações para correção dessas situações (art. 11 do protocolo). Esse

violação do valor consagrado no art. 2º da Convenção” (§ 111). Para outros comentários sobre o caso, ver: Colella, 2011.

⁶⁷ Sobre as diversas instituições de controle externo da atividade policial, ver Chevigny, 1995; Goldsmith e Lewis, 2000; Portugal, IGAI, 2003:17-42. Sobre a relevância dessas experiências para o sistema brasileiro, ver Muniz e Proença Jr., 2007b:50; A.T.M. Costa, 2004a.

protocolo, todavia, reconhece que essa iniciativa internacional deve ser necessariamente subsidiária das iniciativas nacionais, a quem compete de forma primária a responsabilidade pelo cumprimento da Convenção para prevenção da tortura e tratamentos cruéis. Para exercer essa responsabilidade primária, é necessário aos Estados-partes aderentes ao referido protocolo estabelecerem um ou mais mecanismos preventivos nacionais independentes para a prevenção da tortura em nível doméstico (art. 17).

Para o exercício dessa atividade de prevenção da tortura e tratamentos cruéis, os mecanismos preventivos nacionais deverão ter poderes para (art. 20): (a) ter acesso a todas as informações relativas ao número de pessoas privadas de liberdade em centros de detenção, o número de centros e sua localização; (b) informações sobre o tratamento dessas pessoas e suas condições de detenção; (c) acesso a todos os centros de detenção, suas instalações e equipamentos; (d) oportunidade de entrevistar em particular pessoas privadas de liberdade, sem testemunhas, quer pessoalmente quer com intérprete se necessário, bem como com outras pessoas que os órgãos de prevenção entendam ser relevante; (e) liberdade de escolha dos lugares a visitar e as pessoas a entrevistar; (f) direito de manter contato com o Comitê de Prevenção da tortura e tratamentos cruéis da ONU. Essas atividades são, no fundo, uma investigação do padrão de real atuação policial.

O dever de investigar o desvio policial está implícito no art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e vem expresso no art. 12 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁶⁸.

O reconhecimento do dever de investigar, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, resulta do trabalho desenvolvido pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, seu órgão de monitoramento. Examinando o caso *Valcada vs. Uruguay*⁶⁹, considerou que, havendo alegação fundada de prática de tortura, com indicações dos nomes das pessoas responsáveis, o Estado não pode refutar tais acusações com meras alegações genéricas. Antes, tem o dever de investigar e apurar.

⁶⁸ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

⁶⁹ ONU, Comitê de Direitos Humanos, CCPR/C/8/D/9/1977, 26 out. 1979, disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/16edaf91d8ec60c5c1256ab200369347>>, acesso em: 12 ago. 2012.

No Comentário Geral 31⁷⁰, no qual se aborda “A Natureza das Obrigações Legais Gerais Impostas aos Estados-Parte do Pacto”, o Comitê de Direitos Humanos afirmou, nos §§ 8 e 15:

8. O Pacto não pode ser visto como substantivo para a legislação nacional criminal ou civil. Entretanto, as obrigações positivas dos Estados partes de assegurar os direitos previstos no Pacto só serão inteiramente desincumbidas se os indivíduos estiverem protegidos pelo Estados, não apenas de violações dos direitos previstos no Pacto quando cometidos pelos seus próprios agentes, mas também contra atos praticados por pessoas ou entidades particulares que poderiam prejudicar o gozo dos direitos previstos no pacto, na medida em que foram aplicáveis entre cidadãos ou entidades privados. Pode haver circunstâncias em que a falta em garantir direitos previstos no Pacto- tal como requerido pelo artigo 2 – faria surgir violações daqueles direitos por parte do Estado, **como resultado do Estado permitir ou deixar de adotar medidas ou adotá-las sem a devida diligência para** prevenir, punir, **investigar** ou reparar o dano causado por tais atos praticados por entidades ou indivíduos particulares. [...]

15. O parágrafo 3 do artigo 2 do Pacto requer, ao lado da efetiva proteção dos direitos previstos no Pacto, que os Estados-parte também assegurem que os indivíduos tenham remédios acessíveis e efetivos para vindicar tais direitos. Tais remédios jurídicos deveriam ser apropriadamente adaptados de modo a levar em conta a especial vulnerabilidade de certas categorias de pessoas, incluindo, em particular, crianças. O Comitê dá importância ao fato de os Estados-parte estabelecerem mecanismos administrativos e judiciais para queixas de violações a no direitos domésticos. O Comitê nota que o gozo dos direitos reconhecidos sob o Pacto podem ser assegurados pelo Judiciário de muitas maneiras, incluindo aplicação direta do Pacto, aplicação de provisões constitucionais ou legais comparáveis, ou conferindo efeito interpretativo da Convenção sobre a legislação doméstica. Mecanismos administrativos são particularmente exigidos para dar efeito à **obrigação geral de investigar alegações de violações prontamente, de modo completo e efetivo, através de órgãos independentes e imparciais**. *Instituições nacionais de direitos humanos, dotadas dos poderes próprios, podem contribuir para tal objetivo. Um fracasso do Estado-parte em investigar alegações de violações pode, em si mesmo, dar margem a uma violação específica do Pacto.* A cessação de violações em curso é um elemento essencial do direito a um remédio efetivo (grifo nosso).

Ainda recentemente, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 60/147⁷¹, onde constam os Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito a Remédios a Reparação para Vítimas de Graves Violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos e

⁷⁰ ONU, Comitê de Direitos Humanos, General Comment 31, “The Nature of General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant”, 26 maio 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/419/56/PDF/G0441956.pdf?OpenElement>>, acesso em: 12 ago. 2012.

Sérias Violações do Direito Internacional Humanitário. O item II, dedicado à Abrangência da Obrigação, em sua seção 3, afirma:

3. A obrigação de respeitar, assegurar respeito e implementar o direito internacional dos direitos humanos tal como fornecidos por seus corpos normativos, inclui, entre outros, o dever de:

a) adotar medidas legislativas, administrativas e outras apropriadas para prevenir violações;

b) **investigar violações efetivamente, prontamente, completamente e imparcialmente** e, quando apropriado, adotar ações contra aqueles alegadamente responsáveis de acordo com a legislação doméstica e internacional.

De forma mais específica, há diversas recomendações de órgãos ligados à ONU relacionados à necessidade de criação de mecanismos de controle da atividade policial, de forma a evitar a ocorrência de desvios policiais⁷². Elas estão previstas no art. 8.c do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação das Leis, da ONU (Res. n. 34/169, de 17 dez. 1979); Princípios Orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei da ONU (Resolução n. 1989/61), seção I.B, §§ 3º e 4º; Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, art. 8º; Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, art. 12 e 13; Princípios Relativos a uma Prevenção Eficaz e Investigação das Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias ou Sumárias, da ONU, art. 9º; Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer tipo de detenção ou prisão, art. 7.2 e art. 33; Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, da ONU, art. 22 c/c art. 6.II.f e art. 23⁷³.

⁷¹ A/RES/60/147. 60/147. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.

⁷² Ver Alston, 2010; Pillay, 2010; Lasso, 2001:205.

⁷³ Lasso, 2001:234-240. Ele conclui que o estabelecimento de organismos especificamente especializados em receber queixas relativas a desvios de conduta cometidos pela Polícia e investigá-las possui duas grandes vantagens: “em primeiro lugar eles permitem que se adquiram conhecimentos e especialização em relação à investigação de queixas ou alegações contra a Polícia e, em segundo lugar, constituem um sinal da importância que é atribuída a tais investigações”. Destacando essa relevância: IGAI, 2005; Boer e Fernhout, 2008:33.

Essas diversas recomendações foram ampliadas em alcance e sintetizadas em exposição num recente manual do Escritório para Drogas e Crimes da ONU. Entre os elementos chave para a *accountability* policial recomendados pela ONU estão⁷⁴:

Monitoramento das ações e operações policiais tanto pelos dirigentes policiais quanto por órgãos externos.

Procedimentos de reclamação, admissíveis tanto diretamente para a Polícia quanto para corpos independentes.

Procedimentos e diretrizes justos e efetivos sobre como lidar com o desvio policial, incluindo regras disciplinares e criminais, adequada capacidade de investigação, procedimentos para a punição e para as respectivas impugnações.

Um órgão independente para supervisionar esses procedimentos.

Escrutínio e supervisão relativas ao *feedback* à Polícia, destinadas a elevar a qualidade das futuras atividades e prevenir futuras violações.

Procedimentos de avaliação e de reclamações que contribuam para o desenvolvimento de novas diretrizes, procedimentos e instruções.

Procedimentos para supervisão do *feedback*, avaliação, procedimentos de reclamação e as estatísticas da Polícia.

Essas diretrizes estão diretamente relacionadas com a atividade do Ministério Público brasileiro no exercício do controle externo da atividade policial.

5.2.2 Experiências dos sistemas de Common Law (EUA e Reino Unido)

Os sistemas de *Common Law* identificam-se pela tendência de se criarem órgãos autônomos de controle externo da atividade policial, usualmente em nível local, para realizarem a investigação autônoma de desvios policiais e proporem reformas sistêmicas no padrão real de atuação policial. Há experiências muito ricas de intervenção judicial em Departamentos de Polícia. Vejamos.

Nos EUA, ordinariamente os Departamentos de Polícia são estruturados em nível local (cidades). Assim, para o exercício da atividade de controle externo da atividade policial, também se criam agências locais para fiscalizarem a atividade da Polícia. O formato

⁷⁴ UNODC, 2011:iv. Especificamente sobre a relevância dos órgãos independentes de controle da atividade policial, ver UNODC, 2011:49-74.

dessas agências é muito variado, desde agências que investigam de forma independente todas as reclamações, que podem selecionar algumas reclamações para investigar, que apenas revisam as investigações feitas pelas Corregedorias, ou que apenas fiscalizam de forma genérica o padrão da atuação policial (auditores). O comum nessas agências é que elas são integradas por pessoas estranhas aos quadros da Polícia (cidadãos), e por isso tal atividade é normalmente designada como *civilian oversight of policing*.

Finn dá alguns exemplos de diversas formas de estruturação dessas agências⁷⁵:

(i) Em Berkeley, Califórnia, há o *Police Review Commission*, e tanto ele quanto o Departamento de Polícia realizam investigações simultâneas sobre um alegado desvio policial.

(ii) Em Flint, Michigan, há o *Ombudsman's Office*, que possui o poder de investigar as reclamações que ele considerar mais graves.

(iii) Em Minneapolis há o *Civilian Police Review Authority*, que possui atribuição para investigar as reclamações de desvio policial feitas pelos cidadãos.

(iv) Em Orogen County, Florida, há o *Citizen Review Board*, que, após a investigação feita pela Corregedoria de Polícia, decide se há uma falta disciplinar, pode aplicá-la, e também pode fazer recomendações.

(v) Em Portland, Oregon, há o *Police Internal Investigations Auditing Committee*, uma comissão municipal que tem a função de julgar os recursos contra as decisões da Corregedoria de Polícia.

(vi) Em Rochester, Nova Iorque, há o *Civilian Review Board*, que revisa o resultado das decisões tomadas pela Corregedoria de Polícia.

(vii) Em St. Paul, Minnesota, há o *Police Civil Internal Affairs Review Commission*, no qual uma comissão composta majoritariamente por cidadãos não integrantes da instituição policial, recomendam punições disciplinares ao Departamento de Polícia (que ainda tem liberdade para acatar ou não as recomendações).

⁷⁵ Finn, 2001:17-68. Ver outros exemplos em Walker, 2001; Collins, 1998. Ver relação das diversas instituições de controle externo nos EUA em <www.nacole.org>.

(viii) Em São Francisco, Califórnia, há o *Office of Citizen Complaints*, um corpo de investigadores independentes que investiga a maioria dos casos de reclamações de desvio policial.

(ix) Em Tucson, Arizona, há duas agências de controle externo, um *Professional Auditor* que realiza a fiscalização em geral da atividade policial e eventualmente acompanha investigações específicas de desvio policial e um *Citizen Review Board*, composto por cidadãos voluntários, que também revisam todas as investigações da Corregedoria e pode pedir atuação especial do Auditor em casos específicos.

Em Nova Iorque, há três agências encarregadas da supervisão do trabalho policial. O *Civilian Complaints Review Board* (CCRB) trata em sua maioria de reclamações relacionadas com uso excessivo da força de nível menos grave (vias de fato, como tapas e chutes desnecessários), abusos de autoridade (ordens sem respaldo legal), insultos e atuação discriminatória⁷⁶. Essa instituição é organizada na forma de um corpo administrativo, liderado por um Diretor Executivo, com unidades de investigação, unidades de prosecutors para a acusação criminal, e um apoio administrativo, e junto a tal estrutura há um Conselho (*Board*), que analisa as investigações e recomenda a aplicação de penalidades pelo Comissário de Polícia. Esse Conselho é composto por 13 membros, sendo 3 policiais indicados pelo Comissário de Polícia e 10 pessoas indicadas pelo Conselho da Cidade e pelo Prefeito, sendo que estes últimos não podem ter exercido qualquer outra função policial anteriormente.

Em Nova Iorque há ainda o *Official Corruption Unit* (OCU), ligado ao escritório do Procurador-Geral do Distrito de Manhattan, possui a atribuição de investigar e acusar casos ligados a corrupção de servidores públicos, mas acaba por concentrar-se especialmente em casos de corrupção policial. Segundo Skolnick, esse escritório mantém uma relação regular, mas normalmente cheia de atritos, com o *Internal Affairs Bureau* (IAB) do Departamento de Polícia (NYPD), órgão equivalente à Corregedoria de Polícia⁷⁷. Segundo Skolnick, analisando o relacionamento entre o OCU (do Procurador-Geral) e o *Internal Affairs* do NYPD, a mentalidade do órgão de controle externo é diversa da do de controle interno. Via de regra, o controle interno deseja fazer cessar a publicidade negativa que recai sobre a instituição o

⁷⁶ Mais informações em: <<http://www.nyc.gov/html/ccrb/>>.

⁷⁷ Skolnick, 2002:12. Ver mais informações sobre o OCU em: <<http://manhattanda.org/investigation-division/>>.

mais rápido possível, enquanto o órgão de controle externo, normalmente deseja que a investigação prossiga o máximo possível, para coletar provas para serem utilizadas em juízo contra os policiais.

Há ainda o Departamento de Justiça dos EUA (DOJ), que pode investigar as acusações mais graves de violação de direitos humanos em todo o país e pode propor medidas para saná-las. Um dos instrumentos mais eficientes para a reforma dos Departamentos de Polícia nos EUA tem sido uma previsão constante do *United States Code*, título 42, § 14141, que prevê ser ilegal um estado federado ou governo local permitir que sua força policial envolva-se em um padrão de conduta que viole sistematicamente direitos fundamentais das pessoas, previstos na Constituição Estadunidense ou em leis federais. Essa lei, referida usualmente como “Lei do desvio policial”, dá competência ao Departamento de Justiça (através do Procurador-Geral dos EUA) para ajuizar ações civis contra os Departamentos de Polícia estaduais ou locais para implementar concretamente reformas. Essa atuação do Departamento de Justiça tem sido uma verdadeira força catalisadora de mudanças nos diversos estados americanos⁷⁸. Os aspectos mais usuais objeto de impugnação pelo Departamento de Justiça são⁷⁹:

- (i) Ausência de supervisão e monitoramento adequados das ações policiais;
- (ii) Ausência de justificação mediante relatórios pelos policiais dos incidentes envolvendo uso da força;
- (iii) Ausência de treinamento adequado dos policiais; e
- (iv) Ausência de um sistema adequado de reclamações contra os policiais, que não receba os reclamantes com hostilidade.

Um dos primeiros precedentes a chegarem à Corte Suprema dos EUA foi o caso *City of Canton v. Harris* (1989), que reconheceu uma falha no Departamento de Polícia da referida cidade em treinar e manter a integridade de atuação da força policial, uma omissão de

⁷⁸ Walker, 2005:192, o qual recomenda, aliás, que os estados também dêem atribuições às suas procuradorias estaduais para processarem dirigentes de Departamentos de Polícia locais por omissões sistêmicas. Ver ainda Armacost, 2004:457; Kappeler *et al.*, 1998:245.

⁷⁹ EUA. FBI. *Color of Law Abuses*. Disponível em: <http://www.fbi.gov/about-us/investigate/civilrights/color_of_law>. Acesso em: 3 dez. 2010.

treinamento tão grave que acaba por tornar o Estado responsável por indenizar o cidadão vítima de desvios policiais⁸⁰. Dentro desse precedente, assentou-se que não apenas a falha em treinar pode ensejar violação de direitos, mas também a falha em monitorar e supervisionar os policiais para que efetivamente respeitem as normas de conduta profissionais, poderá ensejar uma omissão institucional a ensejar intervenção judicial.

Com fundamento no referido *United States Code*, título 42, § 14141, o Departamento de Justiça tem processado as cidades (e respectivos Departamentos de Polícia) para que sejam implementadas, via intervenção judicial, as reformas necessárias para evitar e reiteração de violações de direitos fundamentais no exercício da atividade policial. A ordem judicial destinada a permitir a intervenção no Departamento de Polícia é denominada de *consent decree*⁸¹.

Um dos casos de maior relevo de *consent decree* para reforma de instituições policiais foi o concedido no caso *United States vs. City of Los Angeles*, em 2001⁸². Após o incidente violento relativo à agressão de Rodney King em 1991, houve a criação da Comissão Christopher, que produziu um relatório no mesmo ano apontando várias falhas estruturais no departamento⁸³. Após uma década, muito pouco havia avançado em termos de reformas efetivas, de sorte que o Departamento de Justiça dos EUA ajuizou a referida ação contra a cidade de Los Angeles para obrigá-la judicialmente a implementar as reformas necessárias a manter seu efetivo policial dentro da lei.

⁸⁰ EUA. Corte Suprema. *City of Canton v. Harris*, 489 U.S. 378-387, 1989, *apud* Armacost, 2004:486-7. Conferir trecho da decisão: “É contrário ao senso comum afirmar que a municipalidade irá verdadeiramente ter uma orientação formal de não treinar adequadamente seus servidores públicos. Todavia, pode ocorrer em relação aos deveres de servidores específicos ou autoridades, que a necessidade de mais treinamento, ou de um treinamento diverso, se torne tão óbvia que a inadequação em providenciar tal treinamento constitua uma violação de direitos fundamentais, de forma que se pode afirmar razoavelmente que os dirigentes da instituição e a própria municipalidade se tornaram deliberadamente indiferentes às necessidades de treinamento. Nessa situação, a falha em providenciar treinamento adequado acaba por representar uma política da instituição, pela qual a municipalidade se torna responsável, e pela qual a cidade poderá ser condenada a indenizar se realmente ocorrer uma lesão a direitos.”

⁸¹ USCCR, 2000:23.

⁸² Consent Decree, § I.A.2, *United States v. City of Los Angeles*, (15 jun. 2001), processo n. 00-11769, U.S. District Court for the Central District of California, disponível em: <<http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/laconsent.htm>>, acesso em: 10 dez. 2010. Referido caso foi solucionado em sede de acordo judicialmente homologado sobre a implementação de reformas em pontos específicos relativos à atuação do Departamento de Polícia local.

⁸³ Christopher, 1991.

Entre os principais tópicos da referida reforma estão a implementação de um sistema de monitoramento computadorizado, de análise dos relatórios de uso da força e das reclamações contra os policiais, visando um diagnóstico precoce de possíveis situações que evoluirão para casos de abuso de autoridade sistêmicos (conhecido como *early warning system*)⁸⁴. A Comissão do DOJ (órgão de controle externo durante o período da reforma judicial) poderia ter livre acesso a esse banco de dados para monitorar a implementação das reformas e também seria imediatamente comunicada dos relatórios de incidentes de uso da força. Através desses *consent decrees*, muitos Departamentos de Polícia passaram a ter um monitor designado pelo juiz para fiscalizar a efetiva implementação das reformas acordadas, numa atividade de auditoria continuada da atividade policial⁸⁵.

No caso *United States vs. City of Los Angeles*, a decisão também exigiu que houvesse a indicação de um monitor independente, estabelecido de comum acordo ou mediante indicação judicial, o qual iria organizar um escritório de controle externo para fiscalizar o processo de implementação das reformas no LAPD, especialmente para assegurar que o processo de controle interno estava sendo bem executado e realizar auditorias por amostra aleatória em investigações em curso perante o órgão de controle interno, ou revisões autônomas do sistema de informática com as informações sobre os policiais. Esse monitor externo teria livre acesso a todos

⁸⁴ Referido sistema (denominado como TEAMS-II – *Training Evaluation and Management System*, versão II) seria alimentado com as seguintes informações: todos os relatórios de uso de força não-letal, uso de força letal, incidentes envolvendo mordida de cães do LAPD, incidentes envolvendo disparo de arma de fogo pelo policial ainda que não-letal (em serviço ou fora de serviço), todas as perseguições a veículos e colisões de trânsito, registro das reclamações feitas contra o policial, anotação dos resultados das reclamações e das revisões dos relatórios de incidentes produzidos pelo policial, todos os elogios e condecorações recebidas pelo policial, registro de eventuais prisões ou investigações criminais contra o policial, registro de ações civis de indenização por uso indevido da força contra o policial, registro de ações civis comuns envolvendo o policial cuja comunicação seja obrigatória ao LAPD, todos os registros de relatórios de diligências de prisão, envolvimento em investigações, abordagens a veículos ou a pedestres, histórico de lotação, histórico de avaliação, histórico de treinamentos, e registro das ações de supervisão tomadas com fundamento na revisão do sistema de acompanhamento computadorizado. Também deveria incluir informações sobre as pessoas abordadas pelo policial, como gênero, etnia ou nacionalidade. A finalidade de tal sistema seria o diagnóstico precoce de um padrão de atuação desviantes, como excesso no uso da força, excesso de disparos de armas de fogo, envolvimento excessivo em situações de perigo desnecessário ao público, abordagens discriminatórias ou excessivas *etc.*, não apenas de policiais específicos, mas também de unidades determinadas. Essa revisão deveria ser feita tanto pela chefia local, dirigentes regionais, Corregedoria e órgão de controle externo e, quando diagnosticado um padrão de risco de desvio, deveria ser intensificada a fiscalização do referido policial (de forma a diminuir a possibilidade de novos desvios ou efetivamente coletar provas de novos desvios) bem como a necessidade de reforçar treinamentos específicos em áreas que se diagnosticar problemáticas. As informações constantes desse programa também deveriam ser consideradas para a progressão na carreira e avaliações anuais. *Consent Decree*, § I.A.2, *United States vs. City of Los Angeles*, *op. cit.* Para comentários sobre os *early intervention systems*, ver Walker, 2005.

⁸⁵ Walker, 2005:144; Bobb,

os empregados do LAPD e a todas as instalações do departamento (item 165), livre acesso a todos os documentos e aos sistemas informáticos do LAPD, ainda que confidenciais – exceto os classificados como informação ultra sensível (item 168)⁸⁶ que, havendo dissenso do LAPD quanto à sua concessão, apenas seriam obtidos mediante autorização judicial. Todas as informações repassadas pelo LAPD ao monitor são tratadas como informações sensíveis. O monitor deveria realizar relatórios trimestrais, com dados estatísticos e suas recomendações, sem mencionar casos concretos de policiais individuais.

O **Reino Unido** também segue a tendência de criação de órgãos autônomos de controle externo. Antigamente, a estruturação das forças policiais na Inglaterra era fortemente marcada por várias agências de nível local. Todavia, progressivas reformas tem acentuado o papel do Governo Nacional na direção das forças policiais, mediante a aglutinação de diversas agências em nível regional, a concessão de poderes ao *Home Office* para expedição de circulares e das atividades do *Her Majesty's Inspectorate of Constabulary* (HMIC) em fiscalizar se as Polícias locais estariam seguindo as diretrizes de nível nacional, bem como pela criação de agências de investigação de nível nacional.

No âmbito das instituições destinadas a receber reclamações contra a atividade policial e conduzir investigações autônomas sobre as mesmas, o embrião desse sistema começou com o *Police Act* de 1964, que previa a obrigação da própria Polícia criar mecanismos de investigação de seus desvios e da criação de agências para fiscalizar se a Polícia estava bem investigando (com o *Police Complaints Board* de 1970 e o *Police Complaints Authority* de 1984). Uma das funções desses órgãos é elaborar normas de trabalho policial destinadas a limitar o poder discricionário e que podem acarretar punição disciplinar em caso de violação, bem como orientam como as reclamações contra os policiais devem ser processadas⁸⁷. Todavia, a grande crítica feita a tais instituições foi que elas não tinham uma efetiva independência da Polícia⁸⁸.

Tais críticas foram superadas apenas com o *Police Reform Act* de 2002 (e aplicadas a partir de 1º de abril de 2004), que criou na Inglaterra e País de Gales o *Independent Police Complaints Commission* (IPCC), órgão de investigação independente dos desvios policiais

⁸⁶ Assim consideradas as informações relativas às investigações de terrorismo, atividades de inteligência ou atividades de forças tarefas em conjunto com outras agências: item 171.

⁸⁷ Monet, 2006:298; Cuadrado Salinas, 2010:223-231.

que reforçou consideravelmente o aspecto da *accountability* individual da atuação policial⁸⁹. Para tanto, o IPCC tem seu próprio *staff* de investigadores, e pode tanto acompanhar as investigações conduzidas pela própria Polícia sobre os desvios policiais, quanto pode ainda investigar diretamente tais desvios. Há uma obrigação de os Departamentos de Polícia locais comunicarem o IPCC quando houver um determinado caso grave envolvendo morte, lesões corporais sérias, ou corrupção, bem como o IPCC pode agir de ofício para investigar, sem representação, um determinado crime de relevância pública⁹⁰. O foco da atuação do IPCC é sobre o desvio policial (*police misconduct*), especialmente em relação às mortes sob custódia, disparos de armas de fogo por policiais, ou acidentes de trânsito sérios envolvendo viaturas policiais. Ela também atua em cooperação com as investigações do *Serious Organized Crime Agency* (SOCA).

O IPCC é composto por um dirigente indicado pela Coroa (*chair*), e por 10 conselheiros indicados pela comunidade (*commissioners*), com tradição de que sejam também integrados por magistrados⁹¹. O pré-requisito para ser indicado a tais cargos é nunca antes ter exercido qualquer atividade numa organização policial, para assegurar a superação ao corporativismo policial e o controle da Polícia pela sociedade civil. Há também um *staff* administrativo de 400 funcionários públicos.

Ao receber uma reclamação, após uma avaliação preliminar do caso, o IPCC possui quatro possíveis posturas: os crimes mais graves, de elevado interesse público, são investigados diretamente pelo IPCC; para crimes de gravidade mediana alta, o IPCC dita as diligências que deverão ser realizadas pela Polícia e acompanha-as (condução mediata das investigações); nos crimes de gravidade mediana, o IPCC relega à Polícia a realização da investigação, apenas com acompanhamento posterior do seu resultado; para crimes de baixa gravidade (como rudez ou falta de educação), o IPCC transfere a investigação à Polícia sem supervisão ou assistência posterior⁹².

⁸⁸ Jones, 2008:711.

⁸⁹ Jones, 2008:701. Para mais informações, ver <<http://www.ipcc.gov.uk/>>.

⁹⁰ Bucke, 2008.

⁹¹ Darbyshire, 2008:126.

⁹² Bucke, 2008.

Por exemplo, no ano de 2009/2010, o IPCC recebeu 33.854 reclamações por desvios policiais na Inglaterra e País de Gales⁹³. Os casos mais usuais de reclamações são: negligência ou falha no cumprimento do dever (26%); incivilidade, falta de educação ou intolerância (20%); agressões (13%); conduta opressiva ou assédio (7%); prisões ilegais ou desnecessárias (5%)⁹⁴. As investigações costumam ser concluídas na média de 100 dias úteis. Do total de investigações conduzidas pelo IPCC, 10% foram consideradas procedentes e 90% consideradas improcedentes.

Para a Irlanda do Norte, existe o Police Ombudsman for Northern Ireland⁹⁵. Essa instituição é responsável por receber reclamações contra a atividade policial e conduzir investigações independentes. Ao final da investigação, ele poderá encaminhar recomendações ao Chefe de Polícia (*Chief Constable*), fazer recomendações ao Ministério Público para acusações criminais, fazer recomendações de sanções disciplinares. Ele é indicado pela Coroa para um mandato de 7 anos, devendo prestar contas de seus atos à Assembléia da Irlanda do Norte, através do Ministro da Justiça. Ele é assessorado por uma equipe de funcionários disponibilizados pelo Ministério da Justiça.

Ao lado do *Police Ombudsman*, para a fiscalização da eficiência da atividade policial, há o *Northern Ireland Policing Board*, que possui a atribuição de assegurar a *accountability* do Chefe de Polícia perante a comunidade. Ele é composto por 19 membros, sendo 9 membros independentes e 10 membros indicados por órgãos políticos. Entre as atribuições desse Conselho está: indicar o Chefe de Polícia e destituí-lo, realizar audiências públicas com a comunidade, indicar as prioridades da atuação policial, bem como para supervisionar os procedimentos de reclamações contra policiais e para aplicar sanções disciplinares aos policiais.

⁹³ Os dados baseiam-se em: IPCC, 2011.

⁹⁴ Segue a lista completa: casos de assédio moral (1%), assédio sexual (menos de 0,5%), agressões físicas (13%), perseguição (7%), prisões ilegais ou desnecessárias (5%), mentira policial (perjúrio, 2%), atos de corrupção (1%), lesão à propriedade (3%), violação de regras relativas a revistas pessoais (1%), violação de regras para buscas e apreensões de objetos (3%), violação de regras durante a detenção ou no interrogatório (4%), violação de regras para abordagens de identificações pessoal (menos de 0,5 %), ausência de imparcialidade (5%), discriminação (3%), negligências no cumprimento do dever (26%), incivilidade, falta de educação ou intolerância (20%), irregularidades no trânsito com viaturas policiais (1%), indevido arquivamento de denúncias de crimes (2%), outros; IPCC, 2011:9. Vale ressaltar que tais estatísticas são relativas às alegações de desvios policiais e não em relação aos desvios efetivamente comprovados.

⁹⁵ Mais informações em: <<http://www.policeombudsman.org>>. No ano relativo ao período de 2011/12, tal instituição recebeu 3336 reclamações e 5896 alegações relativas a desvios policiais. Entre as reclamações mais usuais, 24% foram relativas à forma da Polícia conduzir investigações, 21% sobre as prisões e 10% relativas às buscas.

Na Escócia, a *accountability* institucional é proporcionada por um sistema tripartite, em que os Ministros de Estado realizam uma supervisão geral da atividade policial, as “autoridades policiais” (*Police Authorities*) e os Conselhos de Polícia (*Joint Police Boards*) são responsáveis por fixar diretrizes de atuação em razão do orçamento, e os Chefes de Polícia realizam a supervisão dos aspectos operacionais da atividade policial. As *Police Authorities* são indicadas entre membros eleitos pela comunidade, membros independentes (selecionados pelos *Police Authorities* dentre integrantes de lista elaborada pelo *Home Secretary*) e magistrados, na proporção de 9:5:3⁹⁶.

Para a apuração de infrações disciplinares na Escócia, há o *Police Investigations & Reviews Commissioner* (PIRC), criado em abril de 2013, que possui atribuição para conduzir investigações independentes dos casos mais sérios de desvios policiais, especialmente de mortes praticadas por policiais, casos de lesões praticadas por policiais, e uso de armas de fogo, *taser* ou *spray* de pimenta e outros casos que o *commissioner* considerar de relevante interesse público. Há um corpo de investigadores à disposição do *Commissioner*, com os mesmos poderes de investigação das autoridades policiais, tendo livre acesso às repartições policiais, podendo aí realizar apreensões ou requisitar documentos, bem como com poder de requisição de colaboração de policiais e suas atividades. Ele também fiscaliza a forma pela qual é realizado o controle interno pela Polícia. Ele não tem atribuições para investigações criminais, apenas disciplinares⁹⁷.

Esse modelo inglês de órgãos locais independentes de controle externo da Polícia também possui paralelo na Austrália e Nova Zelândia⁹⁸.

5.2.3 Experiências dos sistemas europeus continentais e outras referências

Nos sistemas jurídicos da Eurpa continental há uma tradição de forte dependência funcional (não hierárquica) da Polícia Judiciária ao Ministério Público, com diferentes níveis de entrosamento que permitam ao Ministério Público exercer faticamente um

⁹⁶ Escócia, 2009.

⁹⁷ Ver <<http://pirc.scotland.gov.uk/>>. Acesso em: 18 maio 2013.

⁹⁸ Na Austrália, ver o *Police Integrity Commission of New South Wales Government*. Disponível em: <<http://www.pic.nsw.gov.au/Publications.aspx>>. Ver ainda a *Independent Commission against Corruption*, em

controle sobre o eventual desvio policial. Também há uma tendência para a criação de órgãos de nível nacional para o controle externo da atividade policial. Vejamos.

Em **Portugal**, o Ministério Público possui a atribuição de fiscalizar as atividades processuais dos órgãos de polícia criminal (art. 3º, alínea “n”, da Lei n. 47/1986 – Estatuto do Ministério Público). Isso significa que ele exerce uma supervisão genérica sobre todas as forças policiais que realizam atividades de investigação criminal, podendo expedir-lhes orientações genéricas, bem como fiscalizar se tais orientações estão sendo cumpridas. Portugal ainda se ressenete da ausência de um órgão de controle externo específico da Polícia Judiciária, com poderes de investigação autônomos do desvio policial na fase investigativa.

Paralelamente, em Portugal, existe a Inspeção Geral da Administração Interna, responsável pela realização do controle externo da atividade policial da Polícia de Segurança Pública (PSP) e da Guarda Nacional Republicana (GNR), ambas encarregadas das atividades de segurança pública ostensiva, e da investigação dos crimes menos graves ou que não exijam especialização. Essas duas instituições policiais estão vinculadas ao Ministério da Administração Interna e, portanto, submetem-se à IGAI. A Polícia Judiciária (PJ) está subordinada ao Ministério da Justiça e, portanto, não se submete ao controle externo da IGAI⁹⁹.

Suas atividades estão regulamentadas no DL n. 227/1995 (com alterações pelo DL n. 154/1996), complementada pelo regime jurídico da atividade de inspeção, auditoria e fiscalização dos serviços da administração direta e indireta do Estado (DL n. 276/2007), que prevê entre suas atribuições realizar inspeções e auditorias nos serviços da SPS e GNR, receber reclamações por violação da legalidade nessas atividades, realizar investigações criminais e administrativas, propondo a instauração de processos disciplinares e instruindo os que lhe foram determinados pelo Ministério da Administração Interna. Há previsão de amplos poderes de investigação dos desvios policiais, com aplicação do CPP quando houver investigações criminais (art. 16 do DL n. 276/2007). Usualmente, as graves violações de direitos fundamentais são investigadas pela IGAI, e as infrações menos graves pelos próprios órgãos policiais. Caso haja notícia de crime no curso de sua investigação, é obrigação da IGAI comunicar imediatamente ao

Chan, 1997:236. Na Nova Zelândia, ver o *Independent Police Conduct Authority*. Disponível em: <<http://www.ipca.govt.nz/>>. Acessos em 18 maio 2013.

⁹⁹ Ver Portugal, IGAI, 2003:69 *et seq* e 2012. Ver ainda: <www.igai.pt>.

Ministério Público, podendo agir como órgão de polícia criminal na condução da investigação. Ela também realiza a auditoria da atividade disciplinar pelos órgãos de deontologia de cada corpo policial (equivalentes à Corregedoria de Polícia no Brasil).

Os cargos de Inspetor-Geral, Subinspetor-Geral e Diretores são privativos de magistrados judiciais ou do Ministério Público, equivalente ao nível de Desembargador ou Procurador-Geral Adjunto. Também há um quadro de inspetores superiores, recrutados dentre inspetores (policiais) mediante um concurso interno especial, para conduzirem as investigações (sobre essa carreira especial, ver o DL n. 170/2009). Em 2011 havia 16 inspetores, além do apoio administrativo.

Durante o ano de 2011, a IGAI procedeu à análise de 913 ocorrências, sendo que 344 foram encaminhadas diretamente pelos cidadãos, e 567 destas foram encaminhadas pelo Ministério Público, nos termos da Circular da PGR n. 4/1998, para verificar se houve adequada ação disciplinar¹⁰⁰.

Finalmente, há ainda o Provedor de Justiça, previsto no atual art. 23 da CRP/1976, que atua como um verdadeiro *ombudsman* para a proteção dos direitos fundamentais, com relevante atuação na defesa contra a arbitrariedade policial¹⁰¹.

Na **Espanha**, vige o sistema de juizado de instrução, no qual a investigação é conduzida por um juiz instrutor, com inspeção do Ministério Público. Ainda no âmbito da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola, há algumas disposições de fiscalização da Polícia realizadas pelo juiz instrutor e pelo Ministério Público. Vejamos.

Importante regra de controle externo da eficiência do desempenho policial consta no art. 298.1 da LECrim, que estabelece:

Os juízes de instrução e os membros do Ministério Público documentarão em um registro reservado o comportamento dos funcionários que sob sua inspeção prestam serviços de polícia judicial e, a cada semestre, com relação a referido registro, comunicação aos superiores de cada um de tais funcionários, para os efeitos cabíveis, a qualificação motivada de seu comportamento.

¹⁰⁰ Portugal, IGAI, 2012.

¹⁰¹ Sobre o Provedor de Justiça, ver comentários acima no item 2.4.2.3.

O art. 526 da LECrim estabelece que o juiz instrutor, acompanhado de um membro do Ministério Público, deverá obrigatoriamente visitar uma vez por semana as prisões da localidade. Essa visita será sem prévio aviso e sem dia predeterminado, favorecendo o fator surpresa. Nessa visita deverá haver uma constatação da situação dos presos ou detidos e deverão ser tomadas as medidas necessárias para corrigir os abusos que notarem.

Há ainda a figura do *Defensor del Pueblo*, que acaba em termos práticos tendo relevante função de receber reclamações contra desvios policiais concretos e de formular recomendações às autoridades políticas, inclusive nas relacionadas à atividade policial. O diretor geral de polícia compila todas as recomendações do *Defensor del Pueblo* em um documento e as encaminha a todos os chefes de polícia para que eles procurem evitar essas falhas¹⁰².

Na Espanha existe ainda uma Agência Espanhola de Proteção de Dados (LO 15/1999) responsável pela fiscalização do cumprimento da Lei de proteção de dados e por controlar sua aplicação, recebendo reclamações das pessoas afetadas e recomendando as ações necessárias pelos órgãos de armazenamento de dados (art. 37.1). Como as atividades dos órgãos de segurança pública também se incluem no âmbito de proteção da referida lei, a referida agência também acaba por realizar uma atividade de fiscalização da Polícia quanto a essa área específica de administração dos bancos de dados policiais com informações criminais, o que não pode deixar de ser reconhecido como uma colaboração pontual na atividade de controle da atividade policial.

Na **Itália** não há propriamente uma agência externa à Polícia para realizar a fiscalização do desvio da Polícia e respectivo processo disciplinar ou criminal no âmbito da atividade de polícia preventiva (ostensiva). Todavia, quanto à atividade de polícia judiciária, como a Polícia, apesar de ser uma instituição separada, está sob forte dependência funcional do Ministério Público, há um intrincado sistema de fiscalização do desvio policial articulado mediante a intervenção do Ministério Público como acusador no processo disciplinar e a estruturação de comissões disciplinares formadas por dois juízes e um membro da Polícia.

¹⁰² Monet, 2006:298.

Há previsões textuais de sanções disciplinares por não atendimento de requisições dos membros do Ministério Público ou omissões injustificadas, conforme o art. 16.1 das Normas de Atuação do CPP:

Os oficiais e os agentes de polícia judiciária que sem motivo justificado omitam de referir no prazo previsto pela autoridade judiciária a notícia do crime, que omitam ou retardem a execução de uma ordem da autoridade judiciária ou a executem apenas em parte ou negligentemente ou ainda violando alguma disposição legal relativa ao exercício da função de polícia judiciária, são sujeitos à sanção disciplinar de censura e, nos casos mais graves, à suspensão do emprego por tempo não excedente a seis meses.

Nesses casos a ação disciplinar é promovida pelo Procurador-Geral perante a Corte de Apelo do distrito no qual o oficial ou agente presta serviço, dando-se notícia dessa ação ao órgão de origem do policial (art. 17 NA-CPP). O policial é julgado por tais infrações por uma comissão composta por um magistrado da Corte de Apelo, um magistrado de tribunal (primeiro grau) e um oficial de polícia escolhido da mesma força policial relativa ao policial incriminado. Cada força policial indica três oficiais para participarem da referida comissão durante um período de dois anos, sendo para cada processo escolhido é indicado um desses policiais. O procedimento desse processo disciplinar possui paralelo com o procedimento penal.

O recurso contra a decisão da referida comissão pode ser aviado pelo Procurador-Geral perante a Corte de Apelo ou pelo acusado para uma outra comissão perante o Ministério da Justiça, composta por um magistrado da Corte de Cassação e de um magistrado que atua perante a Corte de Apelo, indicados pelo Conselho Superior da Magistratura e por um policial da mesma força a que pertencia o acusado, dentre três indicados para um período de quatro anos (art. 18, NA-CPP). Perante essa comissão, a atividade de acusação é exercida por um membro do Ministério Público que atua perante a Corte de Cassação. Contra a decisão final dessa comissão é possível apenas a interposição de recurso de cassação (equivalente no Brasil ao recurso extraordinário). Como diligência cautelar desse procedimento, é possível que a comissão de julgamento determine a suspensão cautelar do policial de suas funções (art. 19, NA-CPP).

Na Itália não há um órgão central de controle externo da atividade de polícia de segurança pública.

Na **França**, o art. 15-2 do CPP estabelece que as investigações administrativas contra policiais devem contar com a participação da Inspeção Geral de Serviços Judiciários e, quando instaurados por determinação do Ministro da Justiça, deverão ser dirigidos por um magistrado (juiz ou membro do Ministério Público). Os atos de qualificação de um policial para ser considerado como oficial de polícia judiciária é feito pelo Procurador-Geral perante a *Cour d'Appel*, segundo regras editadas pelo Conselho de Estado (art. 16 do CPP francês). De uma decisão do Procurador-Geral que recusa, suspenda ou revogue uma habilitação de um policial para ser considerado oficial de polícia, é cabível recurso para comissão de três magistrados com atuação perante a Corte de Cassação (art. 16-2)¹⁰³.

Outro órgão importante de controle externo da atividade policial na França é a Câmara de Instrução (*Chambre d'Instruction*), prevista no art. 191 *et seq.* do CPP francês. Toda Corte de Apelação (*Cour d'Appel*) possui junto a sua estrutura uma Câmara de Instrução, composta por um juiz em dedicação exclusiva (que a preside) e mais outros dois juízes, todos com assento perante a Corte de Apelação. A Câmara de Instrução é o órgão com competência recursal para as impugnações realizadas durante a fase das investigações, especialmente as impugnações de prisão (art. 194 do CPP francês), e outras medidas cautelares, bem como possui competência de fiscalização sobre a atividade de polícia judiciária (art. 224). Nessa atuação de fiscalização da Polícia, a Câmara pode se reunir mediante requisição do Procurador-Geral, de seu presidente, ou por ocasião da análise de um processo específico no qual seja constatado algum desvio (art. 225). Ao ser constatado algum desvio policial, a Câmara realizará uma investigação sobre o caso, ouvindo-se o Procurador-Geral e o policial em causa (art. 266). No julgamento dessa falta funcional, sem prejuízo da competência de outras instâncias disciplinares, a Câmara de Instrução poderá endereçar ao policial observações sobre seu comportamento irregular, bem como decidir que tal policial não poderá, de forma temporária ou definitiva, exercer as funções de polícia judiciária (perder a qualificação de oficial ou não agir sequer como agente), seja apenas na jurisdição da respectiva Corte de Apelação ou ainda em todo o território, decisão essa que possui efeitos imediatos (art. 227). Esse poder de descredenciamento pela Câmara de Instrução

¹⁰³ Segundo Guinchard e Buisson, 2009:238, tais normas visam reforçar o controle das autoridades judiciárias (Ministério Público e juiz) sobre a Polícia Judiciária. Todavia, como recorda Monet, 2006:301, na década de 70 e 80, alguns “jovens magistrados” procuraram aplicar tais poderes de controle de forma rígida e sofreram retaliações de correntes de uma “mobilização corporativa policial”, de sorte que em termos práticos, poucos

constitui uma verdadeira jurisdição disciplinar do oficial de polícia judiciária¹⁰⁴. Se houver indícios de prática de infração penal, cópia da investigação será encaminhada ao Procurador-Geral perante a Corte de Apelação, para as providências cabíveis.

O presidente da Câmara de Instrução também fiscaliza as ações do juiz de instrução, especialmente, se há retardos injustificados no andamento das investigações ou excesso de prazo quanto às prisões preventivas (art. 220 do CPP francês). Constatada morosidade do juiz (se há quatro meses não é realizado qualquer ato de investigação), a Câmara pode avocar a investigação ou atribuí-la a outro juiz (art. 221-1). Na mesma situação de quatro meses sem atos de investigação, é possível que as partes (Ministério Público, investigado ou parte civil) formulem diretamente à Câmara de Instrução um requerimento para se avocar a investigação ou para transferi-la para outro juiz; se o novo juiz indicado permanecer por dois meses sem realizar atos de investigação, o procedimento de impugnação da omissão de investigação poderá ser de novo utilizado (art. 221-2.4)¹⁰⁵.

Antigamente havia na França a *Commission nationale de déontologie de la sécurité*, que realizava o controle externo da atividade policial de segurança pública. Essa comissão foi extinta em 2011 com a criação do *Défenseur des Droits*, previsto no art. 71-1 da Constituição francesa (pela Lei Orgânica n. 333/2011), o qual possui possível atuação em relação à violação de regras deontológicas de todas as forças policiais, podendo realizar investigações de desvios policiais. Ele pode ainda representar para a autoridade responsável pela punição disciplinar do policial, a qual é obrigada a posteriormente informá-lo do resultado de sua ação

magistrados estão dispostos e se engajar em uma queda de braços com os policiais que são os responsáveis por cumprir suas requisições de diligências.

¹⁰⁴ Boulloc, 2010:461.

¹⁰⁵ Este procedimento de *examen de procédure* foi introduzido pela lei de 5 de março de 2007 como uma garantia para o bom funcionamento da Justiça. Ao apreciar a impugnação das partes, a Câmara de Instrução poderá realizar uma ampla correição desse procedimento, podendo para tanto: “ordenar a liberdade de uma ou várias das pessoas investigadas, a pedido ou de ofício; pronunciar a nulidade de um ou vários atos; decidir sobre a evocação total ou parcial do *dossier*; reencaminhar o *dossier* ao juiz de instrução para continuidade da instrução, indicando-lhe um ou vários atos em prazo preciso, pois a independência do juiz não impede essa indicação [precedentes...]; designar um ou vários outros juízes de instrução para acompanharem o procedimento com o juiz ou os juízes de instrução já envolvidos na investigação; retirar o juiz de instrução da investigação ‘quando essa decisão for indispensável para a manifestação da verdade e à boa administração da justiça’ e designar um ou vários juízes de instrução da jurisdição de origem ou de uma outra jurisdição do local; ordenar a regularização total ou parcial do procedimento, especialmente pronunciando o arquivamento quanto a uma ou várias pessoas”; Guinchard e Buisson, 2009:1005.

disciplinar. Anualmente ele redige um relatório dando conta de suas investigações realizadas e apresentando uma recomendação de atuação ao Ministro correspondente¹⁰⁶.

Há ainda o Controlador-Geral dos Locais de Privação de Liberdade (*Contrôleur général des lieux de privation de liberté*), previsto pela Lei n. 1545/2007, de 30 de outubro de 2007, com atribuições não apenas de fiscalizar as condições de detenção e de transferência de pessoas privadas da liberdade, mas ainda de assegurar o respeito aos seus direitos fundamentais¹⁰⁷. Sua competência fiscalizadora se estende a todos os locais de privação de liberdade, inclusive os locais de *garde à vue* (detenção policial).

Na **Alemanha**, existe uma comissão parlamentar para o controle dos serviços de inteligência e da Agência Federal para a Defesa da Constituição¹⁰⁸. Ainda que não sejam propriamente serviços policiais, a possibilidade de intercâmbio de informações com a Polícia e o Ministério Público para prevenção da prática de crimes contra o Estado de Direito democrático acaba dando algum sentido policial a essas instituições.

Em nível federal, perante o *Bundestag*, existe a Comissão de Petições, destinada a receber reclamações sobre a ação de órgãos públicos federais, o que abrange a *Bundespolizei*. Todavia, essa comissão não possui poderes de investigação autônomos. Usualmente, os *Länders* possuem Comissões semelhantes. Todavia, alguns *Länders* criaram *Ombudsman Offices*, para complementar o trabalho dessas comissões, numa postura mais pró-ativa para o esclarecimento do desvio policial¹⁰⁹.

Diversos outros países europeus têm caminhado na linha da criação de um *Ombudsman*, com poderes investigativos e de expedição de recomendações, para realizar o controle externo da atividade policial, em um nível mais genérico de supervisão, como na Áustria, Dinamarca, Estônia, Finlândia, Grécia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Holanda,

¹⁰⁶ Mais informações em: <<http://www.defenseurdesdroits.fr/connaitre-son-action/la-deontologie-de-la-securite>>.

¹⁰⁷ Guinchard e Buisson, 2009:536. Para um relato de suas atividades, ver França, Le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, 2011.

¹⁰⁸ Denniger, 2001:483.

¹⁰⁹ Boer e Fernhout, 2008:11.

Polônia, Romênia, Eslováquia, e Suécia, dando uma dimensão transnacional à preocupação de controle da atividade policial¹¹⁰.

Outros países criam seus próprios arranjos. Por exemplo, na **Argentina**, o CPP da Nação (para os crimes federais), em seu art. 187, estabelece que caso policiais pratiquem uma infração às normas legais ou regulamentares sobre sua atuação, o Tribunal Superior terá atribuição para impor-lhe uma sanção administrativa, sem prejuízo da sanção disciplinar do próprio órgão policial. E o art. 113 estabelece que se os policiais descumprirem regras legais ou regulamentares poderão ser “reprimidos” pelo Ministério Público e pelo juiz. Também há experiências de órgãos de fiscalização genérica de desvios policiais¹¹¹.

No **México**, para se assegurar a execução das ordens do Ministério Público, este poderá aplicar sanções disciplinares aos policiais, consistente em advertência, multa, detenção, sem prejuízo da suspensão das funções no âmbito disciplinar (CPP federal mexicano, art. 44).

5.2.4 *Análise crítica*

Deve-se ter cautela para não cair na tentação de endeusar soluções estrangeiras que podem ser adequadas às suas realidades, mas não às realidades brasileiras. Ellison e O'Reilly advertem para o cuidado de não ceder às pressões de “geo-branding” das técnicas de “policing” estrangeiras, o que inclui o policiamento da própria Polícia¹¹². Para compreender o fenômeno da atuação policial é essencial uma análise política, histórica e cultural da atuação policial para, a partir dessas considerações, avaliarem-se a adequação, possibilidade de transferência e sustentabilidade das medidas concretas de reforma dos procedimentos policiais¹¹³.

Todavia, se é possível retirar alguma lição do estudo de direito comparado sobre os diversos mecanismos de controle externo da atividade policial, ela é a constatação de uma clara tendência de estabelecimento de mecanismos de controle sobre a atividade policial que

¹¹⁰ Boer e Fernhut, 2008.

¹¹¹ Ver relação desses órgãos em Malarino, 2004:132, o qual indica, todavia, que a atuação prática desses órgãos de controle não tem sido eficiente.

¹¹² Ellison e O'Reilly, 2008.

¹¹³ Destacando a importância dessa tríplice análise, ver Ellison e O'Reilly, 2008:334. Em sentido semelhante, Nelken, 2010:21.

permitam que um órgão externo à própria organização policial possa escrutinar as estratégias, as políticas de atuação e, especialmente, os desvios individuais (sempre indicativos de um padrão de atuação). Há, efetivamente, diferentes arranjos. Segundo Bayley, os países da Europa continental tendem a reforçar instrumentos de controle burocrático sobre a Polícia, enquanto na tradição da *Common Law* reforça-se o controle político da comunidade sobre a Polícia, favorecendo-se um controle descentralizado¹¹⁴. Todavia, ele mesmo indica que há uma tendência mundial em se criar comissões de controle não-partidárias para retirar do governo a autoridade plena sobre a Polícia e de se criar conselhos consultivos populares para estabelecer mecanismos de prestação de contas às comunidades locais¹¹⁵.

Walker indica que há dois modelos possíveis de controle externo da atividade policial: o modelo da investigação independente e o modelo do auditor (ou monitor)¹¹⁶. Todavia, esses modelos não são excludentes, ao contrário, há uma tendência de integração dos modelos, de forma que a investigação continuada de desvios proporcione relevantes *inputs* para o processo de auditoria da atividade policial, e essa ação conjunta do órgão de controle externo será relevante tanto como um canal democrático de aproximação da Polícia à comunidade, quanto para a produção de alterações no nível organizacional da atividade policial¹¹⁷.

Pode-se dizer que a existência desses órgãos de recepção de reclamações contra a atividade policial e de auditoria do padrão real de atuação policial correspondem à institucionalização de um mecanismo de proteção do indivíduo contra o possível arbítrio estatal e, mais que isso, uma verdadeira abertura democrática da atividade policial. Portanto, essa atividade de fiscalização extraprocessual da atividade policial está umbilicalmente ligada ao paradigma do estado democrático de direito. Um país não se pode considerar verdadeiramente democrático se não tiver um mecanismo eficiente de controle externo da atividade policial. ou seja, se sua Polícia estiver sem controles.

No Brasil, a atribuição ampla de exercer o controle externo da atividade policial é prevista, em nível constitucional, como sendo uma atribuição do Ministério Público. Isso

¹¹⁴ Bayley, 2006:187.

¹¹⁵ Bayley, 2006:191.

¹¹⁶ Walker, 2001.

¹¹⁷ Walker, 2005:193; Noble e Alpert, 2009:288 *et seq*; Punch, 2009:219; Rojek *et al.*, 2010; Klockars *et al.*, 2006:183-200; Prenzler, 2009:153-173; Knapp, 1972:13-14.

significa que a própria Constituição já estabelece a obrigação de o Ministério Público exercer essa atividade de fiscalização extraprocessual da atividade policial, recebendo reclamações sobre o desvio policial e investigando-o diretamente, ou requisitando uma investigação por outro órgão policial, e promovendo a responsabilização dos desvios de natureza criminais e por improbidade administrativa e, no âmbito dessa atividade, fiscalizando continuamente o padrão real de atuação policial, expedindo as competentes recomendações de aperfeiçoamento. Também significa que o Brasil reconhece o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público como expressão de uma garantia de proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos.

5.3 O Sistema brasileiro de controle externo extraprocessual da atividade policial

5.3.1 A inexistência do controle externo administrativo disciplinar no sistema brasileiro e os instrumentos de fiscalização do Ministério Público do pequeno desvio policial: análise crítica

Há dois níveis de punição ordinária dos desvios policiais, a punição administrativa e a punição criminal. O Ministério Público possui ampla atuação no âmbito dos desvios policiais que configurem ilícito penal. Cumpre analisar o controle disciplinar e sua relação com o Ministério Público brasileiro.

Como instrumento de controle do desvio policial, a punição administrativa efetiva seria em muito preferível à punição criminal. Em primeiro lugar, pela própria subsidiariedade da punição criminal. Em segundo lugar, o nível de garantias inerente a um processo criminal normalmente coloca muito mais barreiras à efetividade da responsabilização do que as correspondentes ao processo administrativo, tais como regras mais estritas de produção de provas, o direito ao silêncio, garantias processuais mais amplas. Tais garantias criminais acabam por alongar a duração do processo, permitindo que o tempo apague as impressões do delito nas testemunhas (ou faça-as perder a inicial indignação que motivou a delação e passem a recluir levar adiante um conflito com policiais). A sucessão de instâncias recursais também agrava o risco da prescrição criminal¹¹⁸.

¹¹⁸ Indicando que a punição administrativa é substancialmente mais efetiva que a criminal, especialmente diante do nível menos exigente de cognição probatória exigido para as punições: Walker, 2001:74 e 141; Chevigny,

Ademais, a maioria dos desvios policiais encontra-se numa margem de pequenos desvios, com potencial de evoluir para grandes desvios, mas que, enquanto ainda pequenos, teriam uma dificuldade em serem tratados no âmbito criminal. Do ponto de vista político-criminal, pequenos desvios como o uso indevido da “carteirada”, o pequeno uso excessivo da força, o uso de linguagem impróprio ou a falta de educação durante uma abordagem a um cidadão, são questões que seriam melhores tratadas no âmbito da punição administrativa, desde que houvesse um controle interno efetivamente eficiente¹¹⁹.

A punição administrativa é por excelência uma responsabilidade da própria instituição policial, no exercício de seu poder de manutenção da ordem interna, no exercício de sua responsabilidade pelos atos de seus integrantes. Esse poder disciplinar não pode ser retirado da instituição policial, sob pena de perder-se significativa parcela de sua responsabilidade na manutenção da legalidade da atuação de seus membros e, portanto, diminuir-se sua *accountability*¹²⁰. Todavia, deveria haver um mecanismo de controle externo da efetividade do exercício da responsabilização administrativa, tal como existe nos diversos países anteriormente estudados.

Ocorre que o art. 7º, III, da LC n. 75/1993 estabelece o seguinte:

Art. 7º - Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: [...] III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas

Por esse dispositivo, o Ministério Público está expressamente afastado da fiscalização dos procedimentos administrativos disciplinares. Fica implícito que o interesse primário do Ministério Público é a responsabilização criminal e a fiscalização genérica para se assegurar o bom funcionamento dos serviços públicos, mas não a fiscalização para assegurar a aplicação de punições disciplinares num caso concreto.

Essa norma tem duas perspectivas. Primeiro, ela retira uma grande parte de atuação possível do controle externo da atividade policial na fiscalização da efetiva aplicação de

1999:72. Ver comentários acima na subseção 1.4.6 sobre os problemas de responsabilização dentro do sistema criminal e no item 2.4.1.4 sobre a relação de eficiência entre os controles interno e externo.

¹¹⁹ Fletcher, 2001:410.

¹²⁰ Walker, 2001:76

punições administrativas aos policiais desviantes. Na estrutura constitucional, não havia qualquer vedação expressa a que o Ministério Público fiscalizasse a efetiva aplicação de sanções administrativas pelo desvio policial, tal como existe em diversos outros países. Essa foi uma escolha do legislador complementar. No sistema anglo-saxão, grande parte da atividade da agência de controle externo da atividade policial consiste exatamente em investigar ou supervisionar o processo de investigação de infrações administrativas, e, em algumas situações, o poder de impor diretamente sanções administrativas¹²¹. Diversos países do sistema europeu continental concedem ao Ministério Público atribuição no processo disciplinar dos policiais que atuam na fase investigativa (v. França e Itália). Todavia, no Brasil, o Ministério Público não pode exercer essa atividade, nos termos do referido art. 7º, III, da LC n. 75/1993.

Todavia, em outra perspectiva, a atuação do Ministério Público nas pequenas infrações não fica totalmente descartada do sistema brasileiro, especialmente através de duas vias. A primeira seria através do crime de abuso de autoridade, que constitui uma criminalização dos pequenos desvios praticados por policiais (uma verdadeira criminalização de possíveis infrações administrativas). Com uma tipificação abrangente dos possíveis desvios policiais como sendo qualquer atentado aos direitos fundamentais indicados na norma (especialmente a redação abrangente do art. 3º da Lei n. 4.898/1965), acaba-se por reconduzir à esfera criminal a maioria dos possíveis desvios policiais ordinários, desde o uso inapropriado da linguagem no relacionamento com o cidadão (“ato lesivo da honra [...] de pessoa natural [...], quando praticado com abuso ou desvio de poder [...]”, cf. art. 4º, “h”, da Lei n. 4.898/1965), a humilhação decorrente do uso indevido de algemas (“submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame não autorizado em lei”, cf. art. 4º, “b”), o pequeno uso excessivo da força que cause lesões corporais (“atentado à incolumidade física do indivíduo”, cf. art. 3º, “i”) ou ainda qualquer forma de diligência de “medida privativa da liberdade [ainda que momentânea], realizada sem as formalidades legais ou com abuso de poder” (art. 4º, “a”), o que abrange as revistas pessoais arbitrárias, as detenções momentâneas para identificação que sejam abusivas e qualquer forma de detenção ilegal.

Atualmente o abuso de autoridade é tratado como infração penal de menor potencial ofensivo, ou seja, apesar de ser um crime, receberá as soluções de consenso previstas na

¹²¹ Walker, 2001:75; Noble e Alpert, 2009:207-236; Klockars, Ivkovic e Habersfeld, 2006:201-228.

Lei n. 9.099/1995, especialmente a transação penal, sendo possível, portanto, desde que haja prova da infração, a realização de um acordo pré-processual para aplicação imediata de uma pena alternativa à prisão. E, tratando-se de um ilícito criminal, o Ministério Público terá atribuições tanto para investigar diretamente quanto para acompanhar a investigação realizada pela Corregedoria de Polícia (dentro do paradigma de uma investigação criminal formal, em um TC), bem como para definir o conteúdo da proposta da transação penal, podendo exercer, portanto, um papel decisivo na promoção da efetiva responsabilização do desvio policial¹²².

Em uma situação de desvio policial que formalmente se tipifica como abuso de autoridade, mas que materialmente é de significância reduzida (mas não insignificante), seria possível, em tese, a aplicação do princípio da subsidiariedade do direito penal, para se considerar que não seria necessária a sanção penal se houvesse uma aplicação eficiente e pronta da sanção administrativa. Essa seria a situação, *v.g.*, do tratamento desrespeitoso do policial para com o cidadão durante uma revista pessoal, com palavras de baixo calão e humilhação, causando-lhe vexame e constrangimento, que formalmente configura abuso de autoridade (Lei n. 4.898/1965, art. 4.b), mas que uma sanção administrativa poderia ser suficiente para prover uma resposta adequada ao desvio e evitar sua reiteração. Por outro lado, se não houve qualquer resposta na esfera administrativa, ou se ela se mostra lenta e prejudicial à responsabilização penal (ante a possível prescrição), então remanesce íntegro o interesse em agir para se promover a responsabilização penal, pois ela seria, no caso concreto, a única eficiente para permitir uma resposta ao desvio. Obviamente, essa sanção administrativa eficiente apenas ocorreria se o órgão de controle interno superasse sua natural tendência de corporativismo (decorrente da subcultura policial) para ser eficiente na adesão ao paradigma de policiamento do Estado de Direito. Nessa situação, surgiria para o Ministério Público um interesse processual em verificar se houve aplicação de uma sanção administrativa efetiva ao desvio, para verificar a permanência de seu interesse em agir para promover a responsabilização penal (e não diretamente de fiscalizar se a

¹²² Em Portugal, a maioria dos casos de responsabilização criminal de policiais ocorre em hipóteses equivalentes ao abuso de autoridade brasileiro. Durante o segundo semestre de 2008, a maioria dos casos apreciados pela IGAI portuguesa foi de ofensas à integridade física, prevaricação, denegação de justiça, ameaças, abuso de poder, e injúrias (Portugal, IGAI, 2009).

punição disciplinar foi efetivamente aplicada, mas de verificar suas eventuais consequências para a persecução penal)¹²³.

Em outra linha, a grande maioria das situações de desvio policial configurará concomitantemente um ato de improbidade administrativa, por importar em um atentado contra os princípios da administração pública, que viola os princípios da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, ou ainda nas hipóteses de prática de um ato visando fim proibido pela lei (cf. Lei n. 8.429/1992, art. 11, *caput* e inciso I, como o uso excessivo e doloso da força, ilegalidades de eficiência, castigos, desrespeito grave, violência gratuita, fraudes investigativas), uma omissão policial dolosa (art. 11, II), ou atos de enriquecimento ilícito (como os atos de corrupção em geral, cf. art. 9º da Lei n. 8.429/1992). Nessas situações, poderá o Ministério Público investigar o desvio policial no âmbito de um inquérito civil público (cf. art. 8º, § 1º, da Lei n. 7.347/1985) e posteriormente promover a responsabilização do autor do desvio através de uma ação civil pública, para aplicação da pena de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil de até cem vezes a remuneração do agente e a proibição de contratar com o poder público, além do ressarcimento do dano, se houver. É certo que a improbidade administrativa não configura um ilícito penal, mas um ilícito civil e político¹²⁴, gerado a partir da violação de normas administrativas, e que pode configurar concomitantemente infração penal e administrativa (ou eventualmente não configurar ilícito penal, mas configurar ilícito administrativo). O STJ tem dado uma interpretação restritiva para a configuração da improbidade administrativa, entendendo-se que “suas sanções não devem ser aplicadas em face de erros toleráveis, meras irregularidades e transgressões disciplinares”¹²⁵, exigindo-se, portanto, um plus de gravidade. Nessas situações, o Ministério Público terá atribuições de investigar o ato de improbidade administrativa praticado por policial e de promover sua responsabilização em juízo.

¹²³ Nesse sentido, apesar de reconhecer as graves deficiências da responsabilização criminal do desvio policial em comparação com a responsabilização administrativa, Chevigny, 1999:73, conclui que a responsabilização criminal ainda será um instrumento de controle externo relevante quando houver uma responsabilização administrativa fraca, e exemplifica essa situação exatamente com a situação das Polícias na América Latina ou a situação de LAPD nos EUA. E conclui especificamente que no Brasil “o processo criminal usualmente parece ser a única solução para a *accountability* e para os direitos humanos [na atuação policial]” (*ibidem*: 74).

¹²⁴ Di Pietro, 2001:665.

¹²⁵ STJ, 2ª T., REsp 1.350.332/DF, rel. Min. Castro Meira, j. 06 ago. 2013.

Por essas duas vias, da redação relativamente ampla do crime de abuso de autoridade, e pela via da improbidade administrativa, o Ministério Público acaba tendo amplo acesso à grande maioria das situações de desvio policial, independentemente da fiscalização da aplicação de sanções disciplinares administrativas. E através dessas vias, o Ministério Público brasileiro poderá investigar (ou acompanhar a investigação) dos desvios policiais e, no âmbito dessa atividade, ter conhecimento das possíveis falhas e realizar um monitoramento do padrão real de atuação policial.

A situação não é totalmente favorável ao controle da atividade policial, pois efetivamente a melhor instância (a que deveria ser a primeira) para o controle do desvio policial deveria ser no âmbito do controle interno da própria instituição, transmitindo-se a mensagem institucional que o desvio não é tolerado na instituição e, portanto, há um interesse público de que haja mecanismos eficientes para se assegurar que o controle interno seja eficiente no âmbito das infrações administrativas disciplinares.

No sistema brasileiro, havendo falhas continuadas da Corregedoria em aplicar sanções administrativas disciplinares, não pode o Ministério Público interferir individualmente em cada caso para assegurar uma punição disciplinar eficaz, ficando atualmente tais atividades sem qualquer controle externo sistemático. O Ministério Público pode interferir apenas no acompanhamento das investigações dos desvios policiais que configurarem ilícito penal, ou na condução autônoma de investigações por atos de improbidade administrativa.

Todavia, entendemos que a falha do sistema brasileiro não configura uma perda significativa de poder de ação do órgão constitucional de controle externo, pois a grande maioria das situações de desvio policial acaba configurando desvio penal ou ato de improbidade administrativa. Ademais, se a omissão da Corregedoria em aplicar sanções disciplinares alcançar um nível tal que configure um estado de ineficiência sistêmica na aplicação de sanções disciplinares, haverá um interesse público em sanar essa omissão sistêmica, pois tal omissão em si mesma já configura um ato de improbidade administrativa praticado pelo titular da Corregedoria de Polícia e eventual crime de prevaricação, surgindo aqui a legitimidade de ação do Ministério Público para promover a responsabilização da omissão e inclusive para atuar na recomendação de medidas necessárias para que esse serviço público (atividade de controle interno disciplinar da atividade policial) seja exercido de forma satisfatória, nos termos do que

permite o art. 6º, XX, da LC n. 75/1993 e art. 27, parágrafo único, IV, da Lei n. 8.625/1993 (LONMP). Uma das atribuições do Ministério Público é “zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos” em geral, cf. art. 27, parágrafo único, I, da Lei n. 8.625/1993, e as atividades administrativas das Corregedorias de Polícia não estão fora dessa norma de natureza mais geral de fiscalização pelo Ministério Público de todo serviço público.

Deve-se registrar que alguns países expressamente optam pela não administrativização do conflito entre policiais e cidadãos, preferindo a sua judicialização. Na França, consta regra do art. 136.3 do CPP francês de que, sempre que um particular se queixar de violação de norma relativa ao regime de restrições de liberdades no âmbito da atividade de investigação criminal, esse conflito entre particular e o responsável pela investigação criminal não pode ser solucionado pela autoridade administrativa, ao contrário, “os tribunais de nível judiciário são sempre exclusivamente competentes”. Essa regra serve para excluir a competência da justiça administrativa e estabelecer a preferência da justiça judicial.

Entendemos que seria conveniente em termos político-criminais ou a atribuição ao Ministério Público da possibilidade de exercer o controle externo sobre as punições disciplinares, ou a criação de outro órgão externo com tais atribuições, pois a fiscalização da efetividade das sanções disciplinares é de alta relevância para a efetividade da adesão da atividade policial ao parâmetro legal. Esse órgão deveria ser efetivamente externo à instituição policial, com poderes para acompanhar as punições disciplinares, reavaliando a adequação da investigação realizada e da respectiva punição disciplinar aplicada. Aprofundemos esse tema.

5.3.2 A possibilidade constitucional de criação de uma agência de controle externo disciplinar da atividade policial no Brasil

Apesar do paradigma constitucional brasileiro, entendemos que é perfeitamente possível a criação por lei de outra instituição de controle externo da atividade policial, inclusive com poderes de investigação disciplinar e criminal, e com poderes de avocação de processos disciplinares e de imposição de penalidades disciplinares. Todavia, se essa instituição exercer atividades de investigação criminal dos desvios policiais, nesse ponto específico ela deverá exercer suas atividades, obrigatoriamente, sob o acompanhamento do Ministério Público, enquanto titular da ação penal e responsável pelo controle externo da atividade policial de

investigação criminal. Apesar de o texto constitucional brasileiro prever essa atribuição de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, ele não a previu de forma exclusiva. Aliás, como já visto, o controle da Polícia é feito por um conjunto de instituições, o que reflete seu caráter necessariamente democrático¹²⁶. Assim, é possível que o legislador infraconstitucional venha acrescentar outras instituições, em âmbitos específicos para se aumentar a transparência da atividade policial, e a efetiva responsabilização dos desvios (especialmente os disciplinares). Todavia, não é possível, no paradigma constitucional brasileiro, retirar-se a atribuição do Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial, pois essa atribuição do Ministério Público está intimamente ligada com sua função constitucional de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, nessa perspectiva, se trata de uma cláusula pétrea¹²⁷.

Discute-se a criação no Brasil de um Conselho Nacional de Polícia, com a função de exercer o controle externo da atividade policial (PEC 381/2009), a partir de um *lobby* das forças policiais¹²⁸. Todavia, tal como é proposto, esse conselho é flagrantemente inconstitucional, pois ele não visa em verdade elevar a transparência da Polícia ao controle social, ao contrário, sua estrutura indica uma blindagem corporativa da Polícia ao controle social. Em primeiro lugar, não há que se realizar paralelo entre o CNJ e CNMP e um conselho para a Polícia, pois enquanto o Judiciário é um poder autônomo do Estado (e o Ministério Público segue regime faticamente semelhante), a Polícia não é um poder autônomo, ao contrário, por definição é um poder subordinado (à política criminal do poder executivo, à direção funcional nas investigações criminais pelo Sistema de Justiça). Portanto, o controle administrativo das Polícias já é feito pelo respectivo poder executivo, ao qual está subordinada e não há que se falar em independência funcional do delegado de polícia em relação aos órgãos do Sistema de Justiça Criminal¹²⁹. Em segundo lugar, esse conselho deveria ser integrado em sua maioria por pessoas estranhas à estrutura policial, sob pena de, ao invés de se abrir a Polícia ao controle social, reforçar-se seu insulamento. Afinal, deve-se institucionalizar que o órgão que controla a Polícia esteja comprometido com os valores democráticos e não com a racionalidade corporativa policial. Em

¹²⁶ Ver *supra*, item 2.4.1.4.

¹²⁷ Sobre o tema, ver acima subseção 2.4.2.

¹²⁸ Nesse sentido, admitindo como constitucionalmente viável a criação de um Conselho Nacional de Polícia, com atribuições administrativas, e não excludente do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, ver R.R.C. Guimarães, 2009:212. Discordamos da eventual efetividade de tal conselho, conforme segue no texto.

terceiro, a participação do Ministério Público num controle desse tipo deve ser ativa e não meramente discreta, pois ele é a instituição constitucional responsável pelo controle externo da atividade policial. Finalmente, esse controle externo deve ter a finalidade básica de assegurar a disciplina, com atribuições para investigar e aplicar punições administrativas pelos excessos, o que necessariamente exige uma configuração local (estadual) e não nacional, sob pena de ser uma instituição natimorta pelo excesso de trabalho, ou tornar-se meramente burocrática, sem atuação efetiva. E não poderá, sob pena de inconstitucionalidade, retirar a possibilidade de o Ministério Público realizar o controle externo da atividade policial, de forma concorrente, por ser uma cláusula pétrea.

Em verdade, paralelamente à eventual criação de um órgão de controle externo disciplinar da atividade policial no Brasil, urge dar efetivas ferramentas de trabalho aos órgãos de controle interno. Uma das reformas mais urgentes é a atribuição de autonomia às Corregedorias, com um mandato temporal ao Corregedor, e o poder de requisitar a lotação de policiais de forma mais duradoura nesse órgão. Não é admissível que um Corregedor de Polícia seja facilmente “descartado” pelo Comandante ou Diretor-Geral de Polícia, pelo fato de conduzir uma investigação contra policiais com elevado poder de influência dentro da instituição, ou que venha atingir interesses de pessoas com influência política (pense-se nos casos de corrupção policial com infiltração no Poder Executivo)¹³⁰. A própria escolha do Corregedor deveria ser aberta a um processo de influência de outras instituições, como o Ministério Público, o Judiciário ou o Legislativo.

Outra estratégia seria o fortalecimento das Ouvidorias de Polícia, com a concessão de poder de investigação autônomo do desvio policial, efetiva estruturação com recursos humanos capacitados, e atribuição de maiores poderes para fiscalizar a ausência de punições disciplinares aos policiais¹³¹. Nessa linha, parece-nos muito mais consentâneo com os valores democráticos o conteúdo da PEC n. 51/2013, em curso perante o Senado Federal, que além de avançar com a criação de uma carreira única policial e da possibilidade de realização do ciclo completo de investigação em cada polícia, com possibilidade de divisão de áreas de atuação por temas, ainda cria um órgão de controle externo paralelo ao Ministério Público (a “Ouvidoria

¹²⁹ Ver *supra*, subseção 3.2.4.

¹³⁰ Documentando a permeabilidade a pressões políticas na Corregedoria de Polícia da PC/RS: Marimon, 2009:220.

¹³¹ Lyra *et al.*, 2004:71.

Externa”), com poderes autônomos de investigação e de imposição de sanções administrativas, e ainda a função de fiscalização abstrata do padrão de atuação policial, dirigida por um Ouvidor-Geral não integrante da carreira policial, com mandato fixo de dois anos, não prorrogáveis. Essa proposta configura verdadeiro avanço no fortalecimento dos mecanismos de controle da sociedade civil sobre a atividade policial¹³².

5.4 Auditoria da atividade policial pelo Ministério Público

5.4.1 Estruturação de um núcleo especializado no controle externo da atividade policial

Como visto acima, a existência de um órgão especializado de controle externo da atividade policial, com poderes de recepção de reclamações contra a atividade policial e de investigação imparcial dessas reclamações é prevista em diversos tratados internacionais relativos a direitos humanos¹³³. No Brasil, a instituição constitucionalmente responsável por realizar esse controle externo da atividade policial é o Ministério Público.

A especialização é um dos aspectos mais importantes para a atividade de auditoria e de investigação do desvio policial. O desvio policial é sempre um crime complexo, que exige conhecimentos muito específicos tanto das normas do direito policial quanto dos usuais problemas ligados à sua investigação, as estratégias de acobertamento do desvio policial e as técnicas especiais de esclarecimento, que justificam que haja uma especialização. Ademais, a relevância da eficiência do Estado em investigar tais delitos, diante de sua especial gravidade para os valores do Estado de Direito, em especial a credibilidade da própria instituição policial, justifica que haja uma especialização de sua investigação¹³⁴. Finalmente, como argumentaremos mais adiante, um dos aspectos mais relevantes do exercício do controle externo da atividade policial é a expedição de recomendações de atuação que venham alterar possíveis padrões de

¹³² Segundo USCCR, 2000:63, o poder disciplinar do órgão de controle externo deve ser conjunto e não substitutivo do órgão de controle interno.

¹³³ Supra, subseção 5.2.1.

¹³⁴ Indicando que a especialização do Ministério Público produz resultados mais eficientes: Lemgruber, *et al.*, 2003:38; Lyra *et al.*, 2004:71; Guimarães, 2008:82. Ver o enunciado A3 do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012: “É recomendável que o MP tenha órgãos de atuação especializados, para acompanhamento da investigação de morte praticada por policiais”. Há enunciado semelhante da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos vinculada ao Grupo Nacional de Direitos Humanos do Conselho

atuação desviante, e tal visão global apenas é possível com a centralização da investigação do desvio policial. Portanto, um órgão especializado é essencial para integrar a investigação (fato passado) e auditoria (mudanças para o futuro).

Há ainda um fator relevante a justificar a especialização. Ordinariamente, os Promotores de Justiça Criminal possuem um condicionamento ocupacional de acompanhar as investigações policiais para assegurar que sejam recolhidas as provas necessárias para a promoção da ação penal. É certo que todos os membros do Ministério Público são cumulativamente fiscais da legalidade e fiscais da eficiência, mas é possível que haja, eventualmente, uma colisão de racionalidades, e eventualmente a racionalidade de eficiência prevaleça sobre a de contenção de possíveis arbitrariedades. Aliás, é exatamente por isso que se separam as funções de acusar e julgar. Em outras palavras, considerando que o condicionamento ocupacional do promotor de justiça é o de assegurar o recolhimento de provas aptas a sustentar uma acusação, evitando que eventuais provas ilícitas ensejem uma absolvição, é possível que, diante de uma situação inicialmente controvertida, eventualmente um promotor de justiça criminal tenha uma postura mais leniente com eventual desvio policial concreto em função de seu potencial de eficiência diante de um crime que considere grave e diante do histórico criminal do delinquente (vítima do desvio policial). Especialmente quando o promotor de justiça já possui outras experiências pessoais de colaboração com um policial, há a possibilidade de se minorar as consequências de um desvio policial, já que tal promotor de justiça provavelmente necessitará no futuro de nova colaboração desse policial para esclarecer outros crimes graves. Essa não é a regra, mas é uma possibilidade, e o Estado de Direito deve ter mecanismos adequados para evitar a ocorrência dessa possibilidade¹³⁵.

Para evitar tal possibilidade de menor eficiência quanto à investigação do desvio policial e à auditoria do padrão real de atuação policial diante do condicionamento

Nacional de Procuradores-Gerais (de 15 jun. 2012), mais genérico para todos os casos de tortura, abuso de autoridade e autos de resistência.

¹³⁵ Segundo Walker, 2005:163, uma das reclamações mais recorrentes contras as agências de controle externo da atividade policial é que elas não são inteiramente independentes dos Departamentos de Polícia e da respectiva racionalidade. USCCR, 2000:63, recomenda que haja a designação de um promotor de justiça para o desvio policial diverso daquele do caso principal, para se assegurar a ausência de conflito de interesses. Nesse sentido, P.S. Pinheiro, 2005, qualifica o Ministério Público como um “Janus bifronte”, que tem o poder de proteger os direitos de todos contra os abusos do Estado, mas que muitas vezes acaba por perpetuar tais violações por sua omissão. Nessa linha, a especialização do ofício ministerial tem o valor de separar as funções de zelar pelos interesses da eficiência da persecução e fiscalizar a persecução contra arbitrariedades.

ocupacional do promotor de justiça criminal, é altamente recomendável que essa função seja atribuída a um núcleo especializado dentro do Ministério Público, sempre que houver a possibilidade (especialmente nas grandes comarcas)¹³⁶. Esse núcleo não estará condicionado a precisar da posterior colaboração de um policial investigado, e o seu condicionamento ocupacional não será o de evitar a configuração de provas ilícitas num caso concreto, mas será o de procurar esclarecer possíveis desvios policiais e eventuais padrões de atuação desviante. Aliás, o fato de reiteradamente receber reclamações contra a atividade policial gerará nesse núcleo o condicionamento ocupacional de sempre avaliar que há algum potencial de veracidade nas reclamações de desvio policial e que toda diligência policial controvertida deve ser esclarecida para se documentar ou a plena legalidade da diligência ou um eventual desvio. Ainda que a atuação desse núcleo não perca de vista o paradigma da eficiência, já que ele também é derivado de postulados constitucionais, o seu condicionamento ocupacional se centrará na contenção de possíveis brechas de arbitrariedade, sem a preocupação das consequências da investigação para a eficiência de um caso concreto ou quanto à futura colaboração do policial investigado em outros casos. Portanto, a especialização da investigação do desvio policial e da auditoria do padrão real de atuação policial pelo Ministério Público também traz o benefício adicional de favorecer uma investigação mais eficiente e objetiva¹³⁷.

Ademais, a especialização profissionaliza o controle. O dever de auditoria da atividade policial não pode ser uma atividade episódica, sujeita à contingência das disponibilidades, mas deve ser constante e sistemática, com metas e rotinas pré-estabelecidas.

¹³⁶ Diversos Ministérios Públicos de estados e o federal têm estruturado esses órgãos de atuação especializada. Assim, *v.g.*, o MPDFT possui o Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial (NCAP), especializado na realização das diligências gerais de fiscalização da Polícia Civil do DF, sem prejuízo de atribuições específicas para cada órgão policial distribuídas por diversos outros membros da instituição, além do Núcleo de Combate à Tortura (NCT), que atua como uma Promotoria de Justiça especializada em crimes de tortura (que usualmente tem como autores policiais, civis ou militares). Ver a Resolução n. 121/2011 do CSMPDFT, art. 5º. No MPF, há o Grupo de Controle Externo da Atividade Policial (GCEAP), com membros com mandato de dois anos, destinado ao controle concentrado da atividade policial (Resolução n. 88/2006 do CSMPF, art. 5º). Em Goiás, há Promotorias de Justiça especializadas no controle externo da atividade policial na capital, sendo que, no interior, as atribuições são exercidas pelas Promotorias de Justiça criminais, com o apoio de um Centro de Apoio Operacional do Controle Externo da Atividade Policial (CAOEX) (Resolução n. 6/2000 do PGJ/MP/GO). Idêntica regulamentação há no Paraná (ver R.R.C. Guimarães, 2008:90). No Rio de Janeiro, há Promotorias de Justiça especializadas em acompanhar a investigação criminal de cada um dos órgãos policiais (Jardim, 2005:325); assim, a Promotoria de Justiça especializada no acompanhamento das investigações realizadas pela Corregedoria da PCRJ acaba tendo uma função de órgão centralizado de controle externo (ainda que limitado à atividade de investigação do desvio policial e não necessariamente às demais atividades de fiscalização).

¹³⁷ Todavia, analisando que mesmo no âmbito de um órgão especializado de controle externo da atividade policial há o risco de eventual empatia com policiais após longos períodos de contato, ver Finn, 2001:125.

Apenas através da especialização se adquire esse nível de profissionalização. A especialização também facilita a criação de um protocolo de atuação no relacionamento do Ministério Público com a cúpula da Instituição Policial. Por exemplo, reuniões periódicas entre o Ministério Público e a Corregedoria de Polícia podem favorecer a solução continuada de problemas verificados. É recomendável que haja uma pessoa responsável pela centralização da tomada de decisões durante as negociações com o órgão de direção da Polícia¹³⁸.

Nesse sentido, o art. 3º, II, da Resolução n. 20/2007 do CNMP recomenda a criação de órgãos especializados para o exercício do controle externo da atividade policial, conforme disciplina específica de cada Ministério Público. No mesmo sentido, uma das recomendações da Comissão Preparatória de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial, do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJ), é que haja a especialização do exercício da atividade de controle externo da atividade policial em núcleos, promotorias especializadas ou coordenações, especificamente para o exercício da ação civil pública por improbidade administrativa ou nas ações civis públicas relacionadas a temas de segurança pública¹³⁹. Todavia, como ora defendemos, é recomendável que também a atividade de investigação do desvio policial seja centralizada, para que se permita uma visão centralizada do problema. Finalmente, a especialização, com uma estrutura de apoio também especializada, é relevante para documentar a memória de atuação dessa atividade institucional do Ministério Público, dando continuidade ao serviço quando houver alteração dos eventuais ocupantes da função.

5.4.2 Áreas da “auditoria” do padrão real de atuação policial

Nos termos do art. 3º, “c”, da LC n. 75/1993, o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público deve ser realizado tendo em vista “a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder”. Essa atividade de controle de fiscalização se realiza tanto no nível processual, em cada IP apresentado ao Ministério Público, como no nível extraprocessual, mediante uma verdadeira atividade de correção continuada da atividade policial.

¹³⁸ Bobb, 2008:54 *et seq.* Ele acrescenta que em muitas situações, as negociações com a Polícia são frustrantes e eventualmente tensas, de sorte que o responsável pelo controle externo deve demonstrar tato e diplomacia na condução de suas atividades.

¹³⁹ CNPJ, 2008: item V.

Tais funções de correção e fiscalização contínua pelo Ministério Público não são inteiramente uma novidade, pois também ocorrem em outras áreas, como por exemplo, em relação aos Cartórios de Registro (v.g., para correção de erros em certidões, cf. art. 48 c/c art. 110 da Lei n. 6.015/1973) e em relação aos estabelecimentos penitenciários (com visitas mensais obrigatórias, cf. Lei n. 7.210/1984, art. 68, parágrafo único), bem como possui paralelo com a atividade de velamento exercido sobre as fundações de direito privado (art. 66 do CC/2002)¹⁴⁰.

No exercício dessa atividade constante de auditoria da atividade policial, o Ministério Público poderá utilizar-se de diversas ferramentas de atuação. Vejamos.

5.4.2.1 Informações recebidas na análise processual de inquéritos policiais

É possível que o órgão do Ministério Público responsável pelo controle externo de uma determinada unidade policial não seja o mesmo órgão responsável pela condução de uma investigação policial concreta. Usualmente nas comarcas de interior o mesmo órgão ministerial terá ambas as atribuições. Mas nas grandes comarcas é possível que haja diversas Delegacias de Polícia e diversos Promotores, sendo que todos os Promotores podem receber IPs das diversas DPs, e especializam-se alguns Promotores para exercerem o controle externo da atividade policial de cada uma das unidades policiais. Assim, os diversos Promotores de Justiça realizam um controle difuso sobre cada uma das investigações (controle processual), e o órgão especializado realizará um controle concentrado (extraprocessual).

Nesses casos, sempre que o promotor de justiça verificar, na análise de um inquérito policial, que houve alguma falha sistêmica na condução de uma investigação, deve elaborar um breve relatório dos fatos, de sua avaliação dos mesmos e de recomendações para o aperfeiçoamento da atividade policial e encaminhar ao supervisor policial e ao órgão de controle externo responsável pela fiscalização da unidade policial (se não for ele mesmo). A documentação continuada das eventuais falhas procedimentais da Polícia permitirá uma visão sistêmica dos problemas e a adoção de medidas concretas para saná-las.

¹⁴⁰ Sobre as diversas outras atividades fiscalizatórias e de correção exercidas pelo Ministério Público, ver Mazzili, 1991:510-517. Sobre o controle externo como uma atividade de correção continuada, ver Santin, 2007:80.

Essas falhas podem dizer respeito ao não cumprimento reiterado de requisições de diligências feitas pelo Ministério Público (omissão sistêmica), não cumprimento de prazos das investigações ou irregularidades formais reiteradas. Em linhas gerais, todos os tópicos indicados no capítulo anterior sobre a fiscalização processual da investigação policial fornecem informações quanto ao padrão consuetudinário de atuação policial. Também é possível que alegações reiteradas de um equívoco, ainda que individualmente não comprovadas, por sua repetição, induzam algum tipo de medida profilática de sua eventual reiteração.

Finalmente, outra fonte relevante de informações sobre possíveis desvios policiais está numa análise acurada de termos circunstanciados relativos aos crimes de resistência, desobediência e desacato, praticados por cidadão contra policial. Não é raro que tais expedientes venham em verdade mascarar um ato de abuso de autoridade praticado pelo policial. Portanto, esclarecer a fundo esses episódios é essencial para a legitimidade do controle da atividade policial.

5.4.2.2 Análise das reclamações contra a atividade policial

Uma das principais formas de obtenção de *inputs* para o exercício do controle externo ocorre dentro do processo de investigação das reclamações contra o desvio policial. Ainda que, no âmbito da atividade de investigação do desvio policial, muitas reclamações eventualmente não sejam solucionadas por completo, a repetição de determinadas reclamações de desvio policial indica um potencial de veracidade na reclamação e recomenda que se tomem medidas profiláticas para evitar sua reiteração, independentemente da solução a ser adotada no caso concreto da reclamação. Assim, a atividade continuada de investigação dos desvios policiais é uma importante ferramenta para se identificar os possíveis desvios policiais e adotar-se uma postura pró-ativa na prevenção de sua reiteração¹⁴¹.

5.4.2.3 Visitas de inspeção periódicas

Outra atividade de auditoria do padrão real de atuação policial que se encontra em um meio termo entre a investigação de um desvio concreto e a auditoria genérica da atuação

policial são as inspeções periódicas em instituições policiais, previstas no art. 8º, V e art. 9º, I e II, ambos da LC n. 75/1993, e disciplinados na Resolução n. 20/2007, do CNMP, art. 4º¹⁴². Essa atividade do Ministério Público de inspecionar as instalações da Polícia de investigação e os locais de detenção é relativamente comum em outros países¹⁴³. Enquanto na LC n. 75/1993, art. 9º, I, o livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais é uma possibilidade de atuação, o CNMP o vê como uma incumbência ordinária, a ser realizada periodicamente, e com um roteiro de intervenção previamente delineado. Nessas inspeções, o CNMP recomenda a fiscalização de cinco áreas de atuação policial, nos termos do referido art. 4º da Res. n. 20/2007 – CNMP:

II – examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade;

III – fiscalizar a destinação de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e objetos apreendidos;

IV – fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, inclusive no que se refere aos prazos;

V – verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário; [...]

¹⁴¹ Sobre a relevância dos dados relativos às reclamações contra policiais para subsidiar ações de prevenção, v. Prenzler, 2009:50. Sobre a relevância da atuação preventiva do Ministério Público brasileiro quanto à prática de crimes (em geral), como reflexo de seu papel de promotor de mudanças sociais, ver G.A. Almeida, 2010:24.

¹⁴² Há ainda a Res. n. 56/2010 que regulamenta a visita de inspeção a estabelecimentos penais, e a Res. 67/2011 (ambas do CNMP), que regulamenta a inspeção em unidades de cumprimento de medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade, inclusive com regras de que ao final da inspeção o membro deverá elaborar relatório a ser encaminhado à Corregedoria local, a qual, por sua vez, deverá encaminhar relatório à Corregedoria Nacional do Ministério Público. Ademais, vários Ministérios Públicos locais têm regulamentado de forma autônoma a atividade periódica de controle externo; ver, por exemplo, a Resolução n. 121/2011 do Conselho Superior do MPDFT, disponível em:

<http://www.mpdft.gov.br/pdf/unidades/conselho_superior/atos_conselho_superior/resolucao_121.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2013.

¹⁴³ Por exemplo, uma das funções do Ministério Público francês é a de fiscalizar não apenas os procedimentos de detenção momentânea da liberdade (*garde à vue*), mas também visitar os estabelecimentos destinados à detenção sempre que entender necessário e, obrigatoriamente, ao menos uma vez por ano (art. 41.3 do CPP francês), realizando um relatório anual da situação dos locais submetidos à sua supervisão, a ser encaminhado ao procurador-geral e posteriormente consolidado por um órgão de fiscalização dos locais de privação de liberdade (*garde des sceaux*). Essas regras procuram operacionalizar a obrigação do Ministério Público de realizar o controle da atividade policial. Ver Guinchard e Buisson, 2009:535; Vogler, 2008b:199.

VIII – fiscalizar cumprimento das medidas de quebra de sigilo de comunicações, na forma da lei, inclusive através do órgão responsável pela execução da medida;

Assim, o promotor de justiça poderá ainda entrevistar-se com pessoa presa na unidade policial e verificar a legalidade da detenção daquela pessoa. Também poderá verificar se os objetos que estão apreendidos na DP estão devidamente identificados, se constam da lista de bens apreendidos (quando não há instauração de IP para o caso), especialmente armas, veículos, drogas, dinheiro, procurando agilizar sua destinação legal.

Ao final da realização da inspeção, o membro do Ministério Público deverá elaborar uma ata ou relatório da diligência, consignando as constatações, deficiências, ocorrências, e as medidas tomadas para corrigi-las, arquivando tal documento em pasta própria (art. 6º, *caput*, da Res. n. 20/2007 – CNMP), para o controle da evolução das atividades de controle externo da atividade policial. É possível que o dirigente da instituição policial seja previamente avisado da realização da inspeção, para organizar a apresentação da documentação que será inspecionada, bem como é possível que essa visita seja realizada sem prévio aviso, de forma a assegurar que eventual irregularidade que se suspeita estar ocorrendo não seja “maquiada” apenas no dia da inspeção. Todavia, essa possibilidade não deveria ser a regra, pois há que se zelar pela manutenção de um bom relacionamento entre o órgão de controle e o controlado, preferindo-se a visita surpresa apenas em situações em que ela seja concretamente mais recomendada (especialmente quando já houver a consolidação de uma rotina de fiscalização periódica pelo Ministério Público).

Outras questões operacionais ligadas à atividade-fim policial também devem ser fiscalizadas pelo Ministério Público, como a eficiência no cumprimento dos mandados de prisão, a adequação do local de acautelamento de armas ou as condições de armazenamento de veículos e demais bens apreendidos¹⁴⁴.

Em sendo constatado algum padrão de atuação policial possivelmente irregular, o Ministério Público poderá instaurar um procedimento administrativo para se propor as medidas necessárias para sanar as deficiências ou irregularidades detectadas (art. 4º, § 2º, da Res. n.

¹⁴⁴ Recomendando evitar a desnecessária manutenção de apreensão de veículos e outros objetos quando não mais interessarem ao processo, ver a Recomendação n. 30/2010 do CNJ. Sobre a relevância do controle do acautelamento das armas da Polícia: Noble e Alpert, 2009:284.

20/2007 – CNMP). É certo que a maioria das eventuais irregularidades que podem ocorrer no âmbito de uma Delegacia de Polícia, especialmente as dolosas, dificilmente estão perceptíveis a uma mera inspeção ocular temporalmente limitada. Ainda assim, as inspeções periódicas podem ser um relevante instrumento para a descoberta de eventual falta de estrutura administrativa (uma falta de organização mínima como, v.g., verificar-se se há objetos não relacionados a um procedimento investigativo específico), ou a falta de condições de salubridade da carceragem. Especialmente, as visitas de inspeção são um importante instrumento de aproximação do Ministério Público com a Polícia, especialmente para fomentar o diálogo entre as instituições.

A verdadeira efetividade dessas normas operacionais das visitas de inspeção fica subordinada às Corregedorias locais dos Ministérios Públicos fiscalizarem seu cumprimento por parte dos membros locais, com o controle dos relatórios das inspeções realizadas periodicamente.

5.4.2.4 Acesso a documentos ligados à atividade fim policial

No exercício do controle externo da atividade policial, o Ministério Público pode ter acesso a quaisquer documentos relacionados à atividade fim policial, nos termos do art. 9º, II, da LC n. 75/1993. A delimitação do que corresponde à atividade-fim policial está ligada a tudo que é realizado pela instituição policial para cumprir com sua missão constitucional de promover a segurança pública. Assim, por exemplo, a folha de pagamentos dos policiais ou o contrato de limpeza da instituição não se incluem, a princípio, no conceito de atividade-fim policial (ainda que, eventualmente, uma ilegalidade no âmbito dessas atividades possa justificar uma ação de fiscalização do Ministério Público, mas não com fundamento no controle externo da atividade policial, e sim no poder mais geral de fiscalização das condutas que possam ocasionar improbidades administrativas).

É possível que outras informações administrativas com reflexos diretos na eficiência da atividade fim possam ter relevância para efeitos de controle externo, não sendo possível que norma interna da Polícia venha reduzir o alcance do poder de requisição do Ministério Público, pois não pode o órgão controlado delimitar a ação de seu controlador. Há

precedente do STJ entendendo que as seguintes informações da Polícia estão relacionadas com sua atividade fim e podem ser requisitadas pelo Ministério Público¹⁴⁵:

(I) relação de servidores e contratados em exercício na unidade, com especificação daqueles atualmente afastados (em missão, reforço, operação, entre outros); (II) relação de coletes balísticos da unidade, discriminando-se os vencidos e os dentro do prazo de validade; (III) pasta com ordens de missão policial (OMP) expedidas nos últimos 12 (doze) meses; e (IV) livros relacionados a sindicâncias e procedimentos disciplinares realizados nos últimos 12 (doze) meses.

Nesse sentido, o art. 5º, II, da Res. n. 20/2007 do CNMP explicita quais documentos consideram-se incluídos no conceito de atividade-fim policial:

II – ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade-fim policial civil e militar, incluindo as de polícia técnica desempenhadas por outros órgãos, em especial:

- a) ao registro de mandados de prisão;
- b) ao registro de fianças;
- c) ao registro de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e outros objetos apreendidos;
- d) ao registro de ocorrências policiais, representações de ofendidos e *notitia criminis*;
- e) ao registro de inquéritos policiais;
- f) ao registro de termos circunstanciados;
- g) ao registro de cartas precatórias;

¹⁴⁵ STJ, REsp 1.365.910/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 29 abr. 2013, DJe 05 maio 2013, decisão monocrática. O relator do STJ entendeu que as informações indicadas estão incluídas no poder de requisição do Ministério Público no âmbito do controle externo da atividade policial, pois estão relacionadas à atividade fim da Polícia, e que não seria possível resolução do Conselho Superior da Polícia Federal limitar seu acesso pelo Ministério Público Federal. Posteriormente houve agravo regimental pela União, alegando violação ao contraditório pela decisão monocrática e relevância de apreciação pelo colegiado, diante do qual o próprio relator revogou a anterior decisão monocrática com a finalidade de submeter o caso à apreciação do colegiado. Todavia, a decisão monocrática já adianta a possível posição do relator. Em sentido semelhante, ver a sentença proferida no Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público contra ato da PCDF (processo n. 2013.01.1.093980-4) que denegou acesso a informações administrativas, relacionadas às condições de pessoal e de material para execução dos trabalhos, utilizados sistematicamente como argumento para justificar a ausência de cumprimento das requisições de diligências feitas pelo Ministério Público; nesse caso o juiz concedeu a ordem, argumentando que, ainda que tais informações transbordem do limite tradicional do controle externo, estão inseridas no poder mais amplo do Ministério Público de fiscalizar a eficiência dos serviços públicos e tais informações são de extrema relevância eventualmente subsidiar uma atuação do Ministério Público contra o Estado para o melhor aparelhamento das Polícias.

- h) ao registro de diligências requisitadas pelo Ministério Público ou pela autoridade judicial;
- i) aos registros e guias de encaminhamento de documentos ou objetos à perícia;
- j) aos registros de autorizações judiciais para quebra de sigilo fiscal, bancário e de comunicações;
- l) aos relatórios e soluções de sindicâncias findas.

As informações prestadas pela Polícia devem ser objeto uma análise crítica e permitir que o Ministério Público, no exercício de sua função de controle externo da atividade policial, possa fiscalizar a produtividade e planejamento de ações em sede de controle externo¹⁴⁶.

Obviamente essa enunciação não exaure o conceito de atividade-fim. Por exemplo, a fiscalização do armamento utilizado pela Polícia, suas regras de acautelamento e mesmo as normas administrativas de treinamento para o uso de armas de fogo pode ser essencial para aferir o efetivo cumprimento do princípio da proporcionalidade no uso das armas de fogo (controle dos excessos), bem como pode indicar uma ineficiência grave a justificar intervenção corretiva pelo Ministério Público (controle da eficiência). Se, a princípio, o contrato de limpeza pode não estar incluído na atividade-fim policial, se há notícia de um estado de grave insalubridade nas celas de presos decorrente da falta de prestação do serviço de limpeza, é possível que o acesso ao contrato de limpeza seja um ponto relevante na fiscalização da atividade-fim policial.

Da mesma forma, a elaboração da escala de lotação dos policiais é uma questão afeta à esfera administrativa interna; todavia, se ocorre um crime em uma unidade policial, o esclarecimento de quais policiais estavam presentes naquela data é uma questão afeta à atividade-

¹⁴⁶ Nesse sentido, há recomendação do CNPG, 2012: 21-22, para que o Ministério Público colete e analise os seguintes dados fornecidos pela Polícia Judiciária: “a. número de ocorrências registradas; b. número de ocorrências que originaram inquéritos policiais; c. número de ocorrências que originaram termos circunstanciados de ocorrência; d. número de ocorrências investigadas sem instauração de inquéritos policiais ou termos circunstanciados de ocorrências; e. número de ocorrências não investigadas; f. número de autos de prisão em flagrante lavrados; g. número de autos de prisão em flagrante iniciados com a apresentação do autuado por policiais militares; h. número de inquéritos policiais instaurados por portaria da autoridade policial; i. número de inquéritos policiais em andamento; j. número de inquéritos policiais em tramitação com prazo de encerramento excedido; k. número de inquéritos policiais relatados/concluídos; l. número de termos circunstanciados de ocorrência lavrados; m. número de termos circunstanciados de ocorrência iniciados com a apresentação do autor do fato à autoridade policial pela Polícia Militar; n. número de termos circunstanciados de ocorrência em andamento; o. número de laudos de exame cadavérico produzidos no mês e ocorrências a que se vinculam; p.

fim policial. Ademais, se por acaso não estiver sendo realizada uma escala formal de trabalho, o conhecimento dessa omissão é relevante para se estabelecer um mecanismo eficiente de controle (interno e externo).

De forma especial, o art. 21, parágrafo único, da referida Lei n. 12.527/2011, estabelece que: “As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso”. Nos termos da Recomendação n. 15/2010 do CNMP, os atos de policiais destinados a impedir, frustrar ou dificultar a prática do controle externo da atividade policial devem gerar responsabilização no âmbito criminal e por improbidade administrativa¹⁴⁷.

5.4.2.5 Controle de ocorrências policiais que não geram instauração de IP

O registro dos boletins de ocorrências e os eventuais procedimentos de averiguação preliminar (de duvidosa legalidade) estão claramente inseridos no conceito de atividade-fim policial, pois são a documentação da *notitia criminis*, que desencadeia a atividade de investigação criminal¹⁴⁸. Há, portanto, um interesse do Ministério Público em fiscalizar se as notícias de crimes que são encaminhadas à Polícia estão sendo devidamente investigadas, tomando as medidas necessárias para corrigir esse desvio, para se assegurar a “indisponibilidade da persecução penal”, cf. art. 3º, “d”, da LC n. 75/1993. Esse interesse é especialmente evidenciado quando se verifica que há uma discrepância gritante entre o número de ocorrências registradas e de IPs instaurados, muitas dessas ocorrências com linha de investigação claramente indicada, o que subtrai o conhecimento dos fatos ao Ministério Público e implica indiretamente num arquivamento das investigações em sede policial, o que é claramente vedado no sistema brasileiro (CPP, art. 17).

número de laudos de exame de corpo de delito produzidos no mês e ocorrências a que se vinculam; q. número de mandados de prisão cumpridos; r. número de mandados de prisão aguardando cumprimento”.

¹⁴⁷ Ver comentários acima, item 3.4.3.3, sobre a configuração criminal da recusa de cumprimento de requisições do Ministério Público, e abaixo, seção 5.4.4, sobre a tutela judicial do controle externo da atividade policial.

¹⁴⁸ Especificamente nesse sentido, indicando que o Ministério Público alemão tem acesso às ocorrências registradas pela Polícia, como atividade inerente ao exercício de sua titularidade da persecução penal, ver Roxin, 2000:71. No Brasil, ver Mirabete, 2002:75; Mazzili, 2008:141; M.P. Lima, 2008(v.1):144.

Se tais informações estão documentadas em um sistema de informática, o acesso a esse sistema pelo Ministério Público é uma consequência inerente do exercício de sua função de controle externo da atividade policial¹⁴⁹. Na hipótese, não há que se falar em sigilo dessas informações policiais em relação ao próprio titular da ação penal, pois a comunicação do crime é, por definição, endereçada ao início da investigação criminal¹⁵⁰. No âmbito da Polícia Militar, os relatórios de diligências ou as ocorrências policiais militares também estão incluídos no conceito de atividade-fim.

O conhecimento da quantidade e espécie de ocorrências também é relevante para a compreensão do funcionamento da DP, especialmente para permitir ao Ministério Público aferir a celeridade no andamento dos inquéritos policiais. Da mesma forma, os registros de ocorrência policial acabam por fornecer informações estatísticas sobre a quantidade de crimes praticados por área, que são relevantes para se aferir a efetividade da atuação policial e ainda induzir políticas públicas na área de segurança.

Em relação à eventual recusa de encaminhamento da ocorrência policial (ou qualquer outro documento produzido no âmbito da atividade policial) ao Ministério Público, essa conduta amolda-se ao descrito no art. 314 do CP, que criminaliza a conduta de extraviar dolosamente, ou ainda sonegar ou inutilizar, relatórios de diligências policiais, os autos de inquérito policial, mandados judiciais, o livro de registro de ocorrências ou outros documentos, de que tem a posse em razão do cargo. Sonegar significa “não exibir, não entregar, não mencionar quando é devido”¹⁵¹. Portanto, há sonegação de informações na hipótese específica de descumprimento de requisição de encaminhamento ao Ministério Público de algum documento produzido no âmbito da atividade de investigação criminal, pois toda atividade de investigação é destinada ao Ministério Público e este possui livre acesso aos documentos relacionados à atividade fim das Polícias (inteligência, prevenção criminal, investigação criminal, manutenção

¹⁴⁹ Nesse sentido, ver o enunciado D6 do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012: “O Ministério Público, no exercício do controle externo, deve ter acesso a quaisquer documentos relacionados à atividade policial, sem restrição, sendo recomendável que, nos estados que possuem Sistema de Informação Policial informatizado, as Procuradorias Gerais formalizem convênios com as Secretarias de Segurança Pública para viabilizar o acesso remoto, por meio informatizado, aos respectivos banco de dados das Polícias para consultas”.

¹⁵⁰ STF, Plenário, HC 94.278, rel. Min. Menezes Direito, j. 25 set. 2008, DJE 28 nov. 2008; STJ, 2ª T., RMS 13.465/PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, rel. p/ ac. Min. Eliana Calmon, j. 2 set. 2003, DJ 8 jun. 2007, p. 239

¹⁵¹ Mirabete, 2005:2339.

da ordem, gestão de crises e urgências), nos termos do art. 9º, II, da LC n. 75/1993, o qual deve ser interpretado em conjunto com a possibilidade de o Ministério Público requisitar documentos de autoridades da Administração Pública (cf. art. 8º, II), ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público (cf. art. 8º, VIII), e da inoponibilidade de sigilo ao Ministério Público (cf. art. 8º, § 2º, todos da LC n. 75/1993).

Caso se constate um padrão sistêmico de omissão de investigações em uma unidade policial, tal demandará ações específicas pelo Ministério Público. Por exemplo, caso se constate que uma determinada Delegacia de Polícia possui como padrão de atuação não instaurar o IP imediatamente após receber a notícia do crime, mas sim determinar a realização de “averiguações preliminares”, que posteriormente não geram instauração de IP e ficam arquivadas sumariamente na DP (ou perdidas em suas estantes), caberá ao membro do Ministério Público iniciar a realização de um trabalho de controle da efetiva instauração de IPs, podendo, para tanto, requisitar todas as ocorrências de um determinado mês, analisar as que não geraram instauração de IP, mas que têm justa causa para tanto, e, nesses casos específicos, requisitar a instauração de IP. Ou ainda cotejar o número de mortes registradas nos sistemas de saúde, na PM e na PC, para avaliar eventual registro reduzido de IPs¹⁵². Com a realização prolongada desse procedimento (vários meses consecutivos), espera-se que a própria autoridade policial procure sanar suas omissões e se adeque paulatinamente ao padrão de atuação adequado. Infelizmente, esse problema específico da não instauração do IP poderia ser facilmente solucionado caso se estabelecesse a obrigatoriedade de a autoridade policial sempre comunicar a notícia do crime imediatamente ao Ministério Público, para ciência, controle e eventual requisição de diligências em tempo real.

5.4.2.6 Incremento da transparência do processo de esclarecimento dos eventuais desvios policiais

Um dos pontos essenciais da atividade de “auditoria” da atividade policial como um todo consiste em o Ministério Público assegurar que a Polícia tenha efetivamente um processo eficiente de investigação dos desvios policiais, ou seja, o exercício do controle externo da atividade investigativa das próprias Corregedorias de Polícia.

¹⁵² Nesse sentido: CNPG, 2012 (Anexo 1C, item 3).

Para tanto, o Ministério Público deve procurar incrementar a confiança da população na atividade policial, o que abrange a confiança de que os eventuais desvios policiais são efetivamente residuais e que serão punidos (não serão aceitos como normais e inevitáveis)¹⁵³. Uma das atividades de incremento da transparência desse processo deve ser a criação de programas de divulgação da própria existência de mecanismos de reclamação contra o desvio policial, promovendo a confiança nesse sistema, para que se permita uma maior abertura desse importante canal de comunicação com a população. Isso significa fortalecer a consciência sobre os direitos e também os deveres que o cidadão tem em seu relacionamento com as autoridades policiais, de forma a permitir seu “empoderamento” (*empowerment*) de direitos, incrementando o nível de cidadania efetivamente usufruída, pois a consciência da titularidade de direitos é essencial à sua efetiva fruição. Para tanto, é fundamental que o cidadão tenha consciência que determinados desvios policiais, ainda que eventualmente sejam consuetudinários, são ilegais e não podem ser tolerados, devendo ser denunciados às autoridades de controle da atividade policial.

A eficiência da atuação de uma Corregedoria de Polícia deve abranger suas diversas fases: abertura do canal de recepção das reclamações, a existência de uma atividade efetiva de análise crítica das reclamações para se diagnosticar precocemente possíveis padrões de desvio (institucional ou individual), a existência de um mecanismo de documentação, classificação e recuperação de informações sobre as reclamações de desvios, a qualidade da atividade investigativa dos desvios, que abrange a profundidade da investigação, realização das diligências efetivamente à disposição para se esclarecer um possível desvio, celeridade da investigação, e a correção das conclusões sobre o resultado da investigação.

Assim, o Ministério Público deve fiscalizar se o processo de recepção de reclamações contra o desvio policial pela Corregedoria de Polícia é suficientemente aberto e bem estruturado, com garantias de que haverá um esclarecimento das notícias de crimes e que elas não serão simplesmente dispensadas sumariamente, de forma a assegurar a transparência e correção

¹⁵³ Sobre a relevância de um sistema eficiente de recepção de reclamações contra o desvio policial e de efetiva imposição de disciplina, para a percepção social de legitimidade da atividade policial, v. Wechter, 2004:11; Prenzler, 2009:79; Walker, 2005:71.

da atuação da Corregedoria¹⁵⁴. Em algumas situações, o reclamante é dissuadido de prosseguir com sua reclamação no próprio ato do registro da comunicação, especialmente quando isso é realizado perante uma Delegacia de Polícia e eventualmente perante a própria Corregedoria de Polícia, seja informando ao cidadão que o fato não configura crime (quando eventualmente configura, se não estavam presentes os requisitos de legalidade), seja complicando desnecessariamente o processo de registro da ocorrência. Isso cria um ambiente de potencial intimidação para a vítima do possível abuso policial, que desincentiva a prosseguir com sua intenção de registrar uma comunicação de desvio policial¹⁵⁵. Ao contrário de intimidar, o órgão de controle da atividade policial deve incentivar a recepção de reclamações contra policiais, nem que seja para apresentar uma resposta formal ao cidadão sobre uma possível situação controvertida¹⁵⁶. Não cabe ao agente que registra as ocorrências recusar-se a receber a comunicação diante da não indicação de possíveis testemunhas dos fatos, ou diante de sua apreciação subjetiva de provável inviabilidade de esclarecimento dos fatos.

Para que o processo de recepção de reclamações seja efetivo, deve haver uma diretriz política clara dentro da instituição policial no sentido de que os cidadãos possuem o direito de formularem reclamações perante o órgão de controle interno, e de que, ainda que o policial esteja agindo corretamente, a abertura desse canal de recepção de reclamações é altamente relevante para a transparência da instituição policial e para sua legitimidade, enquanto expressão do direito de petição a receber informações a seu respeito perante órgãos públicos. Deve haver uma diretriz clara da instituição policial no sentido de que os policiais possuem o dever de receber com naturalidade eventuais questionamentos de sua atuação e possuem mesmo o

¹⁵⁴ Chevigny, 1999:80. Nos EUA, o processo de formular reclamações contra policiais na Corregedoria deve ser estimulado pela possibilidade de protocolar o pedido nas próprias Delegacias de Polícia, para posterior remessa, bem como serem objeto de ações educativas perante escolas e centros comunitários. Ver EUA, U.S. District Court for the Central District of California, *Consent Decree*, § I.A.2, caso *United States vs. City of Los Angeles*, (15 jun. 2001), processo n. 00-11769, item 74, disponível em: <<http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/laconsent.htm>>, acesso em: 10 dez. 2010. Deve-se ressaltar que o destino das reclamações formuladas contra policiais é uma expressão do direito de petição dos cidadãos, e o STF tem precedentes indicando que o Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública para assegurar o direito de petição e a obtenção de certidões perante órgãos públicos: STF, 2ª T., RE 472.489-AgR, rel. Min. Celso de Mello, j. 29 abr. 2008, DJE 29 ago. 2008; STF, 2ª T., AI 516.419-Ag-R, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16 nov. 2010, DJE 30 nov. 2010.

¹⁵⁵ Noble e Alpert, 2009:18, referem uma reportagem da CBS, na Flórida, EUA, na qual um repórter com câmera oculta documentou o quanto policiais eram agressivos quando pessoas se dirigiam à Delegacia de Polícia para pedir informações sobre uma eventual reclamação contra algum desvio policial. Ver ainda Walker, 2001:127 e Reno, 2001:7.

¹⁵⁶ Sobre a relevância de se incentivar o questionamento da atuação policial, se o cidadão sentiu-se ofendido, como forma de dar transparência à atuação policial, ver Walker, 2005:73.

dever de informar ao cidadão de que, se ele entende que a atuação policial foi equivocada, ele possui o direito de questioná-la, informando-se qual é o procedimento para se formular tal questionamento e que, ao questionar, será informado quanto à legalidade da ação policial¹⁵⁷. O policial deve agir de forma profissional a tais questionamentos.

Uma das piores formas de incentivo interno à reiteração de desvios policiais é não reagir de forma pronta e íntegra às alegações de desvio. Quando alegações de desvios graves são liminarmente desprezadas, sem um esclarecimento cabal, pelo simples motivo que os superiores não acreditam na seriedade da denúncia, acaba-se criando um ambiente de ciclo vicioso no qual o desvio nunca tem possibilidade de vir à tona. Apenas a investigação séria de todas as alegações de desvios, mesmo das que à primeira vista parecem muito provavelmente improcedentes, poderá enfrentar de forma efetiva o risco imanente de desvio policial. Uma ineficiência sistêmica nessa apuração acaba por reforçar a noção de que o desvio é algo aceito e mesmo incentivado dentro da instituição policial.

Em especial, deve-se criar um procedimento operacional padrão para a investigação de crimes praticados por policiais, com rotinas de investigação obrigatórias pré-estabelecidas para cada espécie de crime¹⁵⁸. Um dos principais aspectos dessa qualidade da investigação são os esforços realizados para se localizar as eventuais testemunhas do desvio policial e de efetivamente ouvi-las sobre os pontos relevantes. Também abrange a qualidade das perguntas formuladas às testemunhas, ou de esclarecimentos relativamente óbvios diante do contexto que não foram providenciados. Ademais, policiais que já tiveram um contato intenso com o outro policial investigado não deveriam participar da investigação para preservar sua impessoalidade¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Noble e Alpert, 2009:14. Segundo Walker, 2005:77, vários estados americanos criaram a obrigação de que na viatura policial haja formulários de reclamações contra a atuação policial, bem como criaram a obrigação ao policial de informar o cidadão sobre o processo de reclamação e a proibição de o policial dissuadir o cidadão de formular tal reclamação.

¹⁵⁸ Ver, v.g., o enunciado A9 do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012: “É recomendável que o MP diligencie junto às Polícias a criação de “Procedimento Operacional Padrão” para a investigação de mortes praticadas por policiais, que deverá ser conduzida por órgão central da Polícia, o qual deverá ser imediatamente comunicado da prática do crime”. Para um exemplo de rotinas de investigação de incidentes de uso da força por policiais, inclusive letais, ver Hatch e Dickson, 2007.

¹⁵⁹ Sobre falhas sistêmicas na atividade de investigação dos desvios policiais pelos *Internal Affairs* nas Polícias americanas, ver Walker, 2001:107; Prenzler, 2009:87.

Após a conclusão das investigações, há um dever da Corregedoria de Polícia em dar uma resposta ao cidadão sobre o resultado das apurações. Partindo-se do pressuposto inicial de que toda intervenção policial é legítima, então toda reclamação contra uma atuação policial é, ao mesmo tempo, um pedido de informação sobre as razões de legitimidade da intervenção policial, derivada do direito constitucional de petição (CRFB/1988, art. 5º, XXXIV, “a”). E, como tal, há um dever institucional das Corregedorias em dar uma resposta adequada à demanda de explicações, cuja negativa poderá até mesmo ensejar responsabilização por improbidade administrativa (cf. Lei n. 12.527/2011, art. 7º, § 4º c/c art. 32, I e § 2º).

Há interesse direto do Ministério Público, enquanto órgão de controle externo da atividade policial, fiscalizar a qualidade da atividade de investigação desenvolvida pelas Corregedorias de Polícia quanto aos desvios policiais. O problema da falta de preparo pode ocorrer, por vezes, no âmbito da atividade de polícia judiciária militar, onde os oficiais nem sempre possuem formação específica para a investigação criminal (apesar de normalmente a resistência ao controle externo pelo Ministério Público ser menor no seio militar)¹⁶⁰. A efetividade da investigação demandará posturas pró-ativas adequadas a cada um dos diversos desvios policiais¹⁶¹.

Finalmente, a promoção da transparência policial também passa pela divulgação das próprias atribuições do Ministério Público enquanto órgão de controle da atividade policial. Segundo Walker, deve-se “encorajar os membros da comunidade a formular uma reclamação quando sentirem que foram vítimas de um desvio policial”¹⁶². Essa atividade pode consistir na elaboração de cartilhas relacionadas ao tema dos direitos e deveres do cidadão

¹⁶⁰ Sobre a relevância de o Ministério Público intervir para elevar o nível de formação dos oficiais nessa área, ver CNPG, 2012 (Anexo 1G, item 7). Sobre a menor resistência da PM ao controle externo, v. B.A. Machado, 2011.

¹⁶¹ Uma estratégia de investigação pela PF de crimes de corrupção praticados pela PRF ilustra bem a especificidade de cada investigação: havendo notícias de corrupção em determinado posto da Polícia Rodoviária Federal, a PF instalou de forma velada uma filmagem ambiental (em local público), na qual verifica que um veículo é abordado, o motorista dá algo para o policial (aparentando ser dinheiro) e é liberado; o policial repassa a informação para agentes que estão mais adiante na rodovia, que abordam (juntamente com outras testemunhas idôneas) o motorista e indagam-lhe se deu algum valor ao policial; se a suspeita de corrupção se confirma, os policiais retornam com o motorista para efetuar a prisão em flagrante do policial rodoviário.

¹⁶² Genericamente sobre a “função pedagógica de cidadania” quanto à divulgação das atribuições do Ministério Público e à conscientização sobre direitos fundamentais sistematicamente violados, ver G.A. Almeida, 2010:25-26. Especificamente quanto à atividade de controle externo da atividade policial, ver Walker, 2001:89; Lyra *et al.*, 2004:72. Promover a divulgação dos canais de recepção de reclamação contra policiais também é considerada uma das “missões” do órgão de controle externo da Polícia de Nova York, o CCRB; conferir em: <<http://www.nyc.gov/html/ccrb/html/mission.html>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

no seu relacionamento com a Polícia¹⁶³, a realização de campanhas de esclarecimento junto a escolas e outros grupos potencialmente vulneráveis ao desvio policial, bem como na realização de audiências públicas em temas relacionados ao relacionamento da Polícia com a comunidade, numa verdadeira “função pedagógica de cidadania”¹⁶⁴.

5.4.2.7 Fiscalização das sindicâncias disciplinares que contém notícias de crimes

Outra questão relevante é a fiscalização do respeito pela Corregedoria de Polícia quanto à titularidade privativa da ação penal pelo Ministério Público. Muitas vezes ocorre de pessoas formularem reclamações na Corregedoria de fatos que potencialmente configuram ilícito criminal, mas tais comunicações geram apenas a instauração de um procedimento administrativo disciplinar, destinado a eventual imposição de penalidade administrativa, e não a devida instauração de IP para apurar a notícia de crime.

A princípio, o Ministério Público não realiza atividade de fiscalização sobre a imposição de penalidades disciplinares, por força do disposto no art. 7º, III, in fine, da LC n. 75/1993. Todavia, se a sindicância administrativa trata, em verdade, da apuração de um possível ilícito criminal, “mascarado” em uma apuração meramente administrativa, o Ministério Público pode ter acesso às informações constantes da sindicância administrativa para que possa assegurar a indisponibilidade da ação penal, que é uma das finalidades do controle externo da atividade policial (LC n. 75/1993, art. 3º, “d”), e assim promover a responsabilização criminal do policial.

Diante da redação ampla do crime de abuso de autoridade, a maioria das pequenas infrações praticadas por policiais acaba tendo uma configuração criminal. Vale repisar que, se houver uma possível situação de dúvida quanto à configuração criminal de uma conduta, o correto pela Corregedoria de Polícia é instaurar o IP em apuração e remetê-lo ao Ministério Público para formação da *opinio delicti*, jamais realizar uma investigação potencialmente criminal travestida de inquérito administrativo disciplinar ou, o que é pior, de um procedimento administrativo preparatório, sem publicidade e qualquer controle.

¹⁶³ Nesse sentido, v.g., ver a “Cartilha Polícia Cidadã”, elaborada pelo MPDFT em 2009, tendo como um dos coordenadores este autor; conferir: Brasil, MPDFT, 2009. Essa cartilha do MPDFT posteriormente inspirou uma campanha de nível nacional, através de outra cartilha elaborada pelo MPF e inspirada no teor daquela cartilha; conferir: Brasil, MPF, 2010.

Ademais, em qualquer situação, a notícia de um desvio praticado por um policial configurará ato de improbidade administrativa e, nessa situação, há uma verdadeira obrigação de comunicação de cópia das sindicâncias administrativas com fundamento no art. 15 da Lei n. 8.429/1992. Caso a Corregedoria de Polícia não cumpra voluntariamente essa obrigação de comunicação, o Ministério Público poderá naturalmente requisitar tais informações¹⁶⁵.

A omissão sistemática da Corregedoria de Polícia em comunicar ao Ministério Público as infrações penais de que tem conhecimento, mediante a estratégia institucionalizada de instaurar procedimentos administrativos e não o adequado procedimento de investigação criminal (inquérito policial ou termo circunstanciado) diante de uma notícia clara de infração penal (a notícia, não sua comprovação) poderá ter duas possíveis configurações criminais. Poderá configurar a contravenção penal de omissão de comunicação de crime (art. 66, I, da LCP), já que, por tal conduta, o órgão policial deixa de encaminhar a notícia do crime ao elo seguinte do Sistema de Justiça Criminal, em situação ilegal, pois seria sua obrigação funcional dar conhecimento dos fatos ao Ministério Público através do procedimento de investigação criminal. Poderá ainda configurar prevaricação (CP, art. 319), sendo o “sentimento pessoal” expresso no desejo reiterado de não levar as infrações penais praticadas por policiais ao conhecimento do Ministério Público, usualmente por corporativismo.

Por outro lado, se o órgão de controle interno toma conhecimento que um policial praticou um crime e deixa de providenciar qualquer diligência (nem mesmo um processo administrativo), o responsável pratica o crime de condescendência criminosa (CP, art. 320)¹⁶⁶.

5.4.2.8 Fiscalização da transparência democrática da política-criminal policial

A instituição policial possui o dever de ser transparente quanto às suas políticas-criminais, para permitir que a sociedade civil as conheça e participe do seu processo de formulação. O Ministério Público, enquanto órgão de controle externo da atividade policial, deve

¹⁶⁴ Ver recomendação do Departamento de Justiça dos EUA sobre a importância da aproximação da instituição policial com a comunidade local: Reno, 2001:12.

¹⁶⁵ Nesse sentido, ver Enunciado n. C1 do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012. Sobre o acesso às sindicâncias administrativas, que podem conter informações de crimes praticados por policiais, ver ainda: M.P. Lima, 2008(v.1):145.

ser um catalizador dessa transparência institucional, fomentando o conhecimento pela sociedade civil de aspectos relevantes do fenômeno criminal, das estruturas estatais relacionadas com seu enfrentamento, e promovendo as medidas necessárias para a articulação da sociedade civil no processo de construção das política criminais, numa gestão democrática da segurança pública¹⁶⁷.

Essa transparência passa por três fases: (i) conhecimento; (ii) participação; (iii) fiscalização. Esse dever de transparência deriva atualmente da Lei do Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) e possui relação direta com o controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público.

Isso significa que a Polícia deve produzir informações fiáveis que permitam conhecer qual é a dimensão do fenômeno criminal, suas causas, extensão e possíveis soluções. Uma das ferramentas dessa atuação consiste em produzir periodicamente relatórios sobre a quantidade de crimes por regiões, que permitirão o debate sobre as estratégias político-criminais que serão utilizadas para seu enfrentamento. Também implica numa necessária abertura da instituição policial para a pesquisa acadêmica, especialmente no âmbito da sociologia, para as causas do fenômeno criminal e a postura de atuação da Polícia diante desses fenômenos.

Outra informação relevante diz respeito à quantidade de policiais que são lotados nas diversas unidades policiais, seus instrumentos de trabalho (equipamentos, procedimentos de atuação) e diretrizes. Não é possível que a sociedade civil participe da formulação da política criminal sem conhecer a realidade do fenômeno criminoso e as condições da instituição estatal que irá enfrentá-la. Usualmente as instituições policiais são refratárias à abertura de suas condições de trabalho ao debate público, pois muitas vezes essa abertura acaba expondo suas mazelas, e fragilizando o mito da onipotência policial (e da representação subjetiva de segurança). Mas em uma sociedade democrática não se pode aceitar que a segurança pública seja subtraída ao debate público, de sorte que uma concepção democrática da atividade policial impõe que a sociedade civil seja chamada a conhecer tais políticas e participar de sua formulação. Em um regime democrático, deve ser rotineira a prestação dessas informações pela Polícia em relação aos seus gastos, à alocação dos recursos humanos e materiais, suas atividades concretas e

¹⁶⁶ Nesse sentido, entendendo que o órgão de controle interno que deixa de apurar as irregularidades de que teve conhecimento pratica do crime de condescendência criminosa: Di Pietro, 2001:592.

¹⁶⁷ Sobre a *accountability* institucional, ver comentários supra, item 2.4.1.2.

os resultados da atividade policial¹⁶⁸. Esse dever de transparência deriva da Lei n. 12.527/2011, art. 3º, II.

No âmbito da obrigação de “gestão transparente da informação” e de “fomento ao desenvolvimento da cultura da transparência na administração pública”, a referida Lei n. 12.527/2011 prevê um dever de prestar as informações de interesse coletivo, independentemente de prévio requerimento, em site de internet, com informações com “dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades”. Isso implica numa obrigação das Polícias Cíveis em disponibilizar em seu site um relatório anual sobre a quantidade de ocorrências registradas por mês em cada DP, a quantidade de IP’s instaurados, a indicação de quantas ocorrências ou IP’s foram relativos a quais crimes específicos e quais foram os resultados concretos dessas investigações e outros indicadores específicos de desempenho na atividade policial¹⁶⁹. Em sentido semelhante, o Departamento de Justiça dos EUA recomenda que os Departamentos de Polícias locais elaborem relatórios periódicos com informações estatísticas sobre quantidade de disparos de armas de fogo, incidentes de uso da força, buscas e apreensões, prisões, reclamações contra a atividade policial e as respectivas investigações realizadas¹⁷⁰. Ele também recomenda que o próprio Departamento de Polícia conduza pesquisas para avaliar o grau de satisfação da população com sua própria atuação, o que seria uma aplicação do princípio da transparência invertido (obrigação de tornar transparente a percepção da população sobre a atuação policial para, a partir dessa percepção, tomar as medidas adequadas para incrementar sua própria atuação).

¹⁶⁸ Jones, 2008:696.

¹⁶⁹ No âmbito da PCDF, esse tipo de iniciativa ocorre em relação ao ano 2006/2007, com relatórios setoriais fundamentados quanto às comunicações de crimes por área e a comparação com o ano anterior. Em nosso ver, tais relatórios devem abranger também a informação de quantas comunicações de ocorrências geraram efetivamente a instauração de um IP e qual foi o resultado desse IP (se está em andamento, se foi arquivado por falta de provas ou se possibilitou o ajuizamento da ação penal). Também se deve proporcionar informações sobre o tempo médio de conclusão das investigações e outras informações relevantes para se aferir a eficiência da atividade policial. Se anteriormente esses relatórios estatísticos eram iniciativas de dirigentes específicos e, portanto, a troca de dirigentes gerava uma descontinuidade em sua elaboração, agora tais relatórios decorrem de um mandamento legal, de concretização do princípio da transparência na atividade policial.

¹⁷⁰ Reno, 2001:12. Em sentido semelhante, no Brasil, ver Enunciado A5 do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012: “É recomendável que o MP fiscalize o efetivo cumprimento da Lei de Acesso à Informação pelas Polícias, publicando-se periodicamente em site de internet o número de mortes praticadas em confrontos com a Polícia, e o respectivo número de inquéritos instaurados”.

O princípio da transparência abrange uma obrigação de se indicar de forma clara à população as políticas de segurança pública preventiva, através da publicação pela Polícia de seu programa de policiamento, num projeto anual e plurianual, indicando claramente as metas estabelecidas à instituição policial (e permitindo-se o debate público sobre as mesmas), bem como um dever posterior de informação sobre o alcance ou não das metas propostas (art. 7º, VII, “a”, da Lei n. 12.527/2011). Agora, portanto, há uma obrigação legal de produzir esse tipo de informação que potencialmente gerará importante debate público sobre a efetividade da atuação policial e sobre as políticas públicas de segurança. Para tanto, há uma obrigação legal de a Polícia estruturar um serviço de estatística profissional (ainda que a estatística policial não seja decisiva para o retrato verdadeiro da atividade policial, ela é um ponto de partida para a discussão¹⁷¹). A Lei n. 12.527/2011, em seu art. 8º, § 2º, estabelece a obrigatoriedade de utilização da internet como instrumento de divulgação dessas informações de interesse coletivo pelos órgãos públicos. A violação do dever de prestar contas pode ensejar a responsabilização por improbidade administrativa¹⁷².

O dever de transparência institucional também abrange o dever de a instituição policial verificar quais são os principais pontos de tensão em seu relacionamento com os cidadãos e promover campanhas educativas, na qual ela mesma se adianta em responder às possíveis perguntas mais frequentes da sociedade e a prestar as informações de interesse coletivo ou geral. Também impõe um dever de que a instituição policial esteja constantemente envolvida com a diretriz de não apenas agir dentro da lei, mas de procurar reforçar a percepção pública de legitimidade de sua atuação. Isso significa um dever de criar mecanismos de constante monitoramento sobre o nível de confiança da população nas instituições policiais, a confiança de que a Polícia em regra atua de forma eficiente dentro da legalidade, e a confiança de que os problemas decorrentes de eventuais desvios serão efetivamente resolvidos (seja com a punição dos desvios mais sérios, seja com a correção de diretrizes normativas que eventualmente permitam brechas de arbitrariedade). Não basta à Polícia ser eficiente e agir dentro da legalidade, deve-se assegurar que a população tenha uma representação de legitimidade da atuação policial, pois se houver uma representação generalizada de que a atuação policial não é legítima (ainda

¹⁷¹ Sobre os limites da estatística policial e os eventuais problemas de se construir políticas criminais apenas com fundamento sobre elas, ver Jones, 2008:707-709.

¹⁷² S.M. Araújo, 2011.

que eventualmente o seja), essa representação social representará uma diminuição do nível de segurança efetivamente usufruído pela população, na perspectiva em que a confiança na segurança é um fator integrante do próprio conceito de segurança¹⁷³.

Após haver efetiva transparência sobre os pressupostos da atividade policial, deverá haver uma abertura da instituição policial para a participação das demais instituições públicas relacionadas com o enfrentamento do fenômeno criminal, e especialmente da sociedade civil. Um dos principais instrumentos dessa abertura são os conselhos de segurança comunitária¹⁷⁴. Uma das atribuições do Ministério Público no exercício do controle externo deve ser fomentar a criação e articulação desses mecanismos de participação comunitária na gestão da segurança pública. Também há uma obrigação da instituição policial em realizar audiências públicas nas quais se incentive a participação popular no estabelecimento de suas metas de ação (Lei n. 12.527/2011, art. 9º, II). O estabelecimento das prioridades de atuação da Polícia, dentro de um paradigma democrático e de respeito aos direitos fundamentais, está ligado à ideia de governança democrática da atividade policial¹⁷⁵. Se a Polícia eleger de forma autônoma tais prioridades, deixando a descoberto outras áreas sensíveis, corre-se o risco dela se tornar um elemento de opressão e tirania de áreas socialmente excluídas.

Após a construção das políticas, há que se realizar sua fiscalização, que também é elemento integrante da *accountability* policial. Há uma diferença entre a amplitude da fiscalização popular sobre a atividade policial (de natureza política), que é sempre ampla e deve ser fortalecida pelo Ministério Público enquanto instituição garante do regime democrático, e as possibilidades de intervenção coativa do Ministério Público (de natureza jurídica) na gestão das políticas públicas de segurança pública.

Obviamente, há um grande espaço de liberdade do Poder Executivo para a configuração da estruturação da atividade policial, uma liberdade aberta legitimamente ao dirigente da instituição policial e, em nível mais amplo, ao Chefe do Executivo. Todavia,

¹⁷³ Sobre essa relação entre segurança pública e representação social de legitimidade da atividade policial, ver acima subseção 2.1.5.

¹⁷⁴ Sobre o tema, no Brasil, ver Suxberger, 2010:214; na Inglaterra, ver Jones, 2008:698 *et seq.*; e de forma mais ampla ver UNODC, 2011:101-110.

¹⁷⁵ Sobre a relação entre governança policial, universalidade e impessoalidade, ver Proença Jr. *et al.*, 2009:33. Relacionando conselhos comunitários de segurança ao incremento do desempenho da atividade policial e diminuição da violência, v. Vogler, 2004:200.

escolhas manifestamente infundadas que conduzam a resultados concretamente ineficientes, podem ser objeto de uma fiscalização concreta pelo Ministério Público, por consistir em uma violação à proibição de insuficiência¹⁷⁶. Se a opção político-criminal eleita é claramente ineficiente, o Ministério Público poderá recomendar que uma opção minimamente eficiente seja adotada e, se tal recomendação não for adotada, poderá impugnar judicialmente as escolhas manifestamente infundadas do administrador policial. Todavia, para outras opções não manifestamente infundadas, o trabalho do Ministério Público consistirá em fomentar o debate público sobre o aperfeiçoamento da atividade policial.

São exemplos de escolhas manifestamente infundadas a evidente inadequação do armamento utilizado pela Polícia, o equipamento obsoleto, a grave falta de estrutura, ou ainda a não cobrança de quaisquer critérios mínimos de efetividade para aferição da produtividade na atuação policial. Essas escolhas evidentemente equivocadas podem ser fiscalizadas pelo Ministério Público.

A fixação da quantidade de policiais lotados nas diversas delegacias é uma questão afeta, a princípio, à discricionariedade administrativa da instituição policial; todavia, o Ministério Público deve saber quantos policiais estão lotados, para conhecer a instituição controlada. E se há graves deficiências de lotação de policiais em delegacias com elevados números de crimes, mas uma quantidade irracionalmente elevada de policiais em outras delegacias (v.g., na Delegacia de Crimes Tributários), ter acesso a essas informações passa a ser essencial para a fiscalização da eficiência da atividade-fim policial, para se esclarecer quais são os critérios de distribuição desses policiais e, diante de uma clara violação do dever de proteção e do princípio da eficiência (na perspectiva de não respeito do mínimo necessário), recomendar uma melhor distribuição do efetivo policial e, eventualmente, ajuizar ação civil pública para esse fim¹⁷⁷.

Em sua atividade de auditoria da atividade policial, o Ministério Público se torna um interlocutor indispensável sobre a atividade policial, com a sociedade civil, com as

¹⁷⁶ Sobre a proibição de insuficiência no direito fundamental à segurança pública e seus estreitos limites de configuração, ver comentários supra na subseção 2.1.3.

¹⁷⁷ Segundo Valente, 2009b:174, uma distribuição ilógica do efetivo policial, alocando seus recursos de forma substancialmente desigual quando as regiões possuem idênticos níveis de criminalidade, é uma violação ao

instituições policiais e com os demais órgãos de poder. Também se torna um protagonista das políticas públicas, tanto ao incremento da eficiência policial, quanto na contenção de eventuais arbitrariedades¹⁷⁸. Nessa perspectiva, o controle externo da atividade policial também se concretiza como uma participação ativa do Ministério Público na formação das políticas públicas de segurança, seja como fomentador das discussões sobre o trato interdisciplinar das causas da criminalidade, seja como propulsor da concretização dessas políticas por meio de requisições e recomendações, bem como de sua fiscalização continuada sobre a atividade policial. Essa postura do Ministério Público como auditor da atuação policial impõe um dever de capacitação do Ministério Público para a compreensão do fenômeno policial em suas diversas matizes práticas, que vão além da tradicional perspectiva meramente jurídica¹⁷⁹.

Para tanto, o Ministério Público pode utilizar-se também das audiências públicas, previstas genericamente no art. 6º, XIV, da LC n. 75/1993, bem como especificamente previstas no art. 27, IV, da Lei n. 8.625/1993 (LONMP), e regulamentadas pela Resolução n. 82/2012 do CNMP. Elas são relevantes para direcionar a atuação de controle do Ministério Público a partir das demandas populares, bem como são relevante canal para promover a informação sobre os direitos e deveres dos cidadãos no relacionamento com as autoridades policiais, bem como dos procedimentos para eventual questionamento de uma diligência policial¹⁸⁰. As audiências públicas devem ser guiadas pelo princípio democrático, realizadas com publicidade ampla e irrestrita, realizadas com periodicidade a possibilitar a efetiva prestação de contas ao cidadão das medidas e resultados obtidos, bem como a obtenção de informações junto à sociedade e ao Poder Público que possam fundamentar um direcionamento da atuação

princípio constitucional da igualdade na atividade policial, pois não respeita a igualdade de tratamento entre as diversas áreas sociais.

¹⁷⁸ Nesse sentido, ver recomendação do CNPG, 2008: item II; ver ainda CNPG, 2012:58-63.

¹⁷⁹ CNPG, 2012:61, ilustra: “métodos de prevenção da criminalidade, mecanismos de investigação criminal, padrões de policiamento, eficácia de estratégias policiais, taxas de incidência criminal e, ainda, experiências bem e mal sucedidas em outros lugares”.

¹⁸⁰ Apesar de não haver previsão explícita na LC n. 75/1993 de realização de audiências públicas pelo MPU, é assente que tal prerrogativa também se aplica ao MPU, tanto por aplicação analógica das disposições da Lei n. 8.625/1993 quanto por derivação direta do perfil constitucional do Ministério Público e o princípio democrático. Ver sobre o tema G.A. Almeida, 2010:29 e Gravrnski, 2006:90.

ministerial¹⁸¹. O resultado da audiência pública será um relatório, com indicação das sugestões de atuação do Ministério Público na área, que não são vinculantes, mas orientativas¹⁸².

O desvio policial não é um fenômeno que se erradica, mas um problema que se administra. Se o exercício continuado do controle externo for eficiente e os demais fatores intervenientes no fenômeno do desvio policial também forem favoráveis, há uma maior probabilidade de reduzir-se substancialmente o desvio policial a níveis legitimamente suportáveis, efetivamente residuais em comparação com o conjunto e não incentivados na perspectiva organizacional. Nas palavras de Armacost, “as agências policiais são culpadas se toleram culturas que promovem condutas que são imorais ou ilegais”¹⁸³.

5.4.3 Dever de elaboração de relatórios periódicos sobre a atividade ministerial de controle externo da atividade policial

O órgão de controle externo possui o dever de documentar suas diligências de fiscalização da atividade policial e elaborar relatórios periódicos de suas diligências, tornando públicas quais foram as diligências realizadas, quais foram os possíveis desvios constatados, quais foram as medidas recomendadas em relação aos desvios. Esse dever de transparência também do órgão de controle externo da atividade policial pode ser extraído do art. 7º, VII, “b”, da Lei n. 12.527/2011, que estabelece o direito do público de receber “informação relativa ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores”. Nessa linha, o art. 30, III, da Lei n. 12.527/2011 prevê a obrigação de elaboração de relatório anual sobre a quantidade de pedidos de informações recebidos, atendidos e indeferidos e sobre as informações genéricas dos solicitantes. Há, portanto, um dever tanto das Corregedorias quanto do Ministério Público em elaborar relatórios periódicos (v.g. anuais) quanto às suas atividades, para uma prestação de contas pública da atividade de controle¹⁸⁴.

¹⁸¹ G.A. Almeida, 2010:29-30. Ver ainda o art. 1º, § 1º, da Res. n. 82/2012 – CNMP.

¹⁸² Segundo o art. 6º, da Res. n. 82/2012-CNMP, tais sugestões poderão consistir em: “I - arquivamento das investigações; II - celebração de termo de ajustamento de conduta; III - expedição de recomendações; IV - instauração de inquérito civil ou policial; V - ajuizamento de ação civil pública; VI - divulgação das conclusões de propostas de soluções ou providências alternativas, em prazo razoável, diante da complexidade da matéria”.

¹⁸³ Armacost, 2004:493.

¹⁸⁴ Sobre a relevância de tais relatórios, ver Noble e Alpert, 2009:284-5; Walker, 2005:169. Ver ainda o item 130 do caso: EUA, U.S. District Court for the Central District of California, *Consent Decree*, § I.A.2, caso *United States*

Há diversas normas que determinam a elaboração de relatórios pelo Ministério Público. Mais genericamente, a LC n. 75/1993 prevê em diversos dispositivos a atribuição dos respectivos Procuradores-Geral de elaborarem um relatório de atividades do Ministério Público respectivo¹⁸⁵. No âmbito dos Estados, é atribuição da Corregedoria do Ministério Público apresentar anualmente ao Procurador-Geral de Justiça um relatório estatístico sobre as atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça (Lei n. 8.625/1993, art. 17, VIII). Especificamente no tocante à atividade de promoção dos direitos constitucionalmente assegurados perante os órgãos públicos, estabelece o art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8625/1993 (LONMP) ser atribuição do Ministério Público: “promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito”.

Um relatório eficiente deve conter informações sobre a quantidade de reclamações recebidas, as espécies de desvios policiais mais usuais (se possível com uma síntese do caso, sem menção ao nome do policial), e o resultado do processo de investigação (acusação viável, por arquivamento por insuficiência de provas, arquivamento por reconhecimento da inexistência do fato ou de participação de policial, acusação, outros arquivamentos, bem como informações sobre a posterior condenação ou absolvição no caso de acusação)¹⁸⁶. Sempre que possível, ele deve ser ilustrado com gráficos que permitam a rápida visualização da informação. Ele também deve conter informações qualitativas sobre as espécies de desvios mais rotineiramente identificados, as possíveis falhas institucionais detectadas, as recomendações efetuadas para corrigir as falhas detectadas e demais atividades de gestão junto à cúpula institucional da Polícia para aperfeiçoar a atividade policial.

Deve haver especial cuidado para a não divulgação de informações potencialmente lesivas dos direitos fundamentais de privacidade tanto da vítima quanto do policial investigado¹⁸⁷. As recomendações expedidas devem constar do relatório periódico, até

vs. *City of Los Angeles*, (15 jun. 2001), processo n. 00-11769, disponível em: <<http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/laconsent.htm>>, acesso em: 10 dez. 2010. Sobre o dever do Ministério Público de prestar relatórios sobre a sua forma de concretizar a política criminal, v. J.F. Dias, 2013:162.

¹⁸⁵ LC n. 75/1993, art. 49, XXI (MPF), art. 91, XXII (MPT), art. 124, XXI (MPM), art. 159, XXI (MPDFT).

¹⁸⁶ Walker, 2005:143.

¹⁸⁷ Sobre a confidencialidade das informações prestadas ao órgão de controle externo, ver Bobb, 2008:46.

para facilitar a posterior fiscalização do seu cumprimento. O relatório deve ser conciso, incluindo-se os dados que suportam as informações em apêndices do relatório. É relevante que a atividade de controle externo seja guiada por metas claras, objetivamente mensuráveis, estabelecidas em um plano de ação institucional, e que os relatórios façam menção ao alcance ou não dessas metas e das medidas seguintes que serão realizadas¹⁸⁸.

Não é recomendável que a edição de tais relatórios esteja subordinada à prévia comunicação ou aprovação à direção da instituição policial, pois eles devem ser uma opinião externa e independente sobre a atuação policial¹⁸⁹. Todavia, após sua realização, devem necessariamente ser comunicados à instituição policial.

Para elaboração desses relatórios, pode-se utilizar como paradigma as estatísticas de outras instituições de controle externo da Polícia (IPCC na Inglaterra, OPC em Washington/DC, CCRB em Nova Iorque, IGAI em Portugal, CNDS na França, *etc.*)¹⁹⁰.

Tais relatórios são uma importante fonte de *accountability* da atividade policial, permitindo ao público ter conhecimento da perspectiva do órgão de controle externo da atividade policial para poder posicionar-se sobre determinados temas (seja a favor ou contra o órgão de

¹⁸⁸ Sobre a relevância do planejamento funcional estratégico do Ministério Público, ver G.A. Almeida, 2010:40. Finn, 2001:127-8, indica alguns dos possíveis objetivos a serem estabelecidos pelo órgão de controle externo da atividade policial: “1) elevar a confiança do público tanto na atividade policial em si, como nas investigações conduzidas pela Corregedoria de Polícia; 2) reafirmar ao público que a Corregedoria disciplina de forma apropriada os oficiais que se envolvem em desvios; 3) minorar perspectivas de hostilidade que alguns grupos possuem em relação à Polícia; 4) realizar a correição das investigações conduzidas pela Corregedoria de Polícia, para elevar a sua eficiência; 5) reduzir o desvio policial, focando casos específicos (agressões verbais, uso excessivo da força, discriminação *etc.*); 6) reduzir o número de disparos de arma de fogo pela Polícia; 7) assegurar efetiva responsabilização de policiais envolvidos em desvios policiais; 8) prover o público de informações necessárias a compreender a atividade policial; 9) promover a transparência pública de como a Corregedoria de Polícia conduz suas investigações; 10) fomentar o registro de reclamações legítimas relativas a desvios policiais mediante a elevação da confiança da justiça no processo de investigação do desvio; 11) promover a discussão pública dos problemas relacionados ao desvio policial; 12) promover um mecanismo pelo qual os cidadãos poderiam sugerir recomendações para elevar a qualidade das diretrizes policiais e do treinamento policial; 13) estabelecer um programa de mediação para a solução dos conflitos envolvendo policial e cidadão”. Todavia, essa medição é altamente complexa, pois um maior número de registros de reclamações pode significar tanto que estão ocorrendo mais desvios policiais (o que é mau), ou, ao contrário, ocorre o mesmo número de desvios, mas uma maior confiança da população na atuação do órgão de controle fomenta mais reclamações (o que é bom).

¹⁸⁹ Nesse sentido: Walker, 2005:169.

¹⁹⁰ Conferir: <<http://www.ipcc.gov.uk/>>; <<http://policecomplaints.dc.gov>>; <<http://www.nyc.gov/html/ccrb>>; <<http://www.igai.pt>>; <<http://www.cnds.fr>>.

controle externo, mas, de qualquer sorte, com mais informações sobre o tema)¹⁹¹. Ele deve conter uma avaliação crítica da atuação policial na perspectiva do órgão de controle externo¹⁹².

A documentação da atividade do órgão de controle externo através de relatórios periódicos também tem a saudável função de dar memória à atuação institucional de controle, permitindo que na hipótese de sucessão de membros no órgão especializado, haja também uma transferência do histórico de atuações, para que o membro seguinte possa dar continuidade às gestões de fiscalização.

5.4.4 Tutela judicial do controle externo da atividade policial

O resultado da atividade de auditoria da atividade policial pelo Ministério Público para o seu aperfeiçoamento exerce-se fundamentalmente através das requisições de diligências (que podem ser requisições genéricas para fatos ainda por se realizar), pela expedição de recomendações de aperfeiçoamento dos serviços públicos, e em ações judiciais. O Ministério Público, enquanto órgão de controle externo da atividade policial e, de forma mais ampla, como fiscal da ordem jurídica, possui um dever constitucional de assegurar a mudança do padrão de atuação da atividade policial, para que esta se aproxime progressivamente do paradigma constitucional, de eficiência, legalidade e respeito aos direitos fundamentais.

Para que seja relevante, essa atividade de auditoria deve realizar o acompanhamento prolongado da efetiva implementação das recomendações expedidas, acompanhando o processo de reforma de padrões de atuação, indicando eventuais falhas e apontando as possíveis medidas de correções das falhas verificadas. Sem a capacidade e o efetivo exercício do poder de acompanhamento das recomendações, a atividade de auditoria seria estéril. E acompanhar a implementação das recomendações abrange esclarecer se elas foram implementadas, ou seja, prosseguir na investigação dos eventuais desvios decorrentes da sua não

¹⁹¹ Segundo Walker, 2001:74, tais relatórios periódicos do órgão de controle externo da atividade policial são um importante reforço à *accountability* policial, inclusive substancialmente mais eficientes que eventuais audiências públicas sobre a atuação policial, já que os eventuais desvios policiais discutidos nessas oportunidades têm diminuto potencial de esclarecimento do problema do desvio policial como um todo.

¹⁹² Considerando que a apresentação de críticas pelo membro do Ministério Público à sociedade civil e à mídia, em relação a um tema objeto de sua atividade de fiscalização, não configura crime contra a honra, mas está coberta pela imunidade material inerente ao exercício das funções de promotor de justiça, ver: STJ, 5ª T., HC 244.671/AP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 4 dez. 2012, DJe 7 dez. 2012.

implementação, especialmente no âmbito de um Inquérito Civil Público¹⁹³. Caso não haja cumprimento das recomendações, o Ministério Público deve providenciar a responsabilização cabível ou o ajuizamento da ação civil pública pertinente, sob pena de esvaziamento desse instituto processual¹⁹⁴. Assim, uma importante ferramenta de atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial é o uso da ação de improbidade administrativa por desvio policial.

A CRFB/1988 prevê em seu art. 37, *caput*, os princípios aos quais a Administração Pública deve estar submetida: “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, estabelecendo em seu § 4º que:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A regulamentação das infrações e do procedimento da improbidade administrativa está prevista na Lei n. 8.429/1992.

No Rio Grande do Sul há precedente no sentido de admitir-se a condenação de Chefe de Delegacia de Polícia, pelo fato de impedir a realização de visita de controle externo da atividade policial a Delegacia de Polícia, bem como de recusar-se a exibir ao Ministério Público o livro de registro de ocorrências criminais, ao argumento de que o tema deveria ser objeto

¹⁹³ O Ministério Público Militar tem tido algumas experiências interessantes no âmbito da atividade de auditoria do padrão de atuação policial (pelas forças armadas) e na expedição de recomendações para o seu aprimoramento. Assim, por exemplo, a o Ofício n. 204/2011 da Procuradora-Geral da Justiça Militar expede recomendação para normatizar o treinamento de tropas especiais, considerando o risco de letalidade no curso do treinamento, e para criar procedimentos específicos para evitar o eventual resultado letal durante o curso; o Ofício n. 125/2008-PGJM, recomenda regras sobre uso de algemas e direitos do preso; o Ofício n. 359/2008-PGJM, sobre o prazo de 5 dias para a tramitação do IPM da unidade de investigação ao Ministério Público; Ofício n. 152/2011-PGJM, sobre as condições da apreensão de menores por ato infracional (especialmente a impossibilidade de dilação entre a apreensão e o encaminhamento à DP); Ofício n. 113/2008-PJM/PE, sobre a preservação de local de crime; Recomendação n. 01/2005-PJM/RS, estabelece a obrigatoriedade de imediata comunicação ao MPM local sobre a instauração de IPM; Ofício n. 324/2006-PJM/PE, sobre a obrigatoriedade de instauração de IPM, e não apenas procedimento administrativo, quando houver eventual dúvida quanto à configuração criminal de um ilícito praticado por policial (ou, no caso, integrante das forças armadas), bem como quanto à obrigatoriedade de cumprimento integral das requisições de diligências feitas pelo MP; e Recomendação n. 02/2010-PJM/MG, sobre cuidados no acautelamento de armas e reforço no treinamento específico para seu manuseio, entre outras recomendações. Em sentido semelhante, em Portugal, prevendo que toda atividade de inspeção e auditoria da atividade policial deve gerar ao final uma recomendação de aperfeiçoamento da atividade, ver o art. 15.4 do DL n. 276/2007 (Regime jurídico da atividade de inspeção, auditoria e fiscalização dos serviços da administração direta e indireta do Estado).

exclusivamente de controle interno. A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público foi julgada procedente, condenando-se o Chefe da Delegacia de Polícia nas sanções do art. 11, *caput* e inciso II, da Lei n. 8.429/1992 (“omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições” e “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”). Nessa mesma ação, o Chefe de Polícia da PC/RS foi condenado por improbidade administrativa, pelo fato de ter-lhe sido requisitada a apuração da infração funcional do Delegado Chefe da Delegacia, bem como que assegurasse o exercício do controle externo da atividade policial, mas ele sistematicamente não respondeu às requisições do Ministério Público, pelo que também se fez incurso nas mesmas sanções. Por sua relevância, conferir o precedente¹⁹⁵:

[...]

2. O ato de improbidade a ensejar a aplicação da Lei nº 8.429/92 não pode ser identificado tão-somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um *plus*, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto ou ilícito, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé.

3. Na hipótese dos autos restou comprovada diante da farta prova documental, a prática de atos de improbidade pelos réus enquanto no exercício dos cargos públicos de Delegado titular da Delegacia de Polícia de Homicídios de Trânsito e Delegado Chefe de Polícia. Atos comissivos de embaraçar, obstruir e impedir que membros do Ministério Público realizassem atos de controle externo da atividade policial previstos na Constituição Federal e Constituição Estadual, bem como na LC nº 75/93, Lei nº 8.625/93 e LC nº 11578/01. Ato omissivo para apuração de irregularidades após a requisição pelo Ministério Público. Descumprimento do dever de assegurar o cumprimento fiel da lei. Penalidades dispostas no artigo 12, III da Lei nº 8.429/92 que se aplicam.

4. Sentença de parcial procedência mantida.

Também se tem admitido o uso de ação civil pública para a declaração de ilegalidade de Portaria Normativa da Polícia Civil, que extrapola os limites da disciplina legal, especificamente que reduz a amplitude da possibilidade de exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, impedindo-o de ter acesso às ocorrências policiais¹⁹⁶.

¹⁹⁴ CNPG, 2012 (Anexo 1F, item 1).

¹⁹⁵ TJRS, 3ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042253286/2011, rel. p/ ac. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 20 out. 2011.

¹⁹⁶ Afastou a preliminar de inadmissibilidade de uso da ação civil pública para a impugnação: TJRS, 1ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70033020256, rel. Des. Jorge Maraschin dos Santos, j. 30 jun. 2010. Nesse caso, afastou-se a possibilidade de impugnação via ação direta de inconstitucionalidade, pois a portaria que regulamenta a atividade policial não possui independência jurídica, mas é uma norma secundária, a depender de disposição prevista em norma primária (lei) como elemento de fundamentação, sem a qual é destituída de validade, e a ofensa a preceitos

Nesse caso, é interessante observar a impossibilidade de o órgão controlado ditar os limites de seu controlador, ao arrepio das normas legais vigentes, entendendo-se que se houver eventualmente alguma arbitrariedade, ela deve ser impugnada individualmente por mandado de segurança, não sendo possível se obstar em abstrato o acesso de documentos policiais pelo Ministério Público¹⁹⁷. No caso referido, também se entendeu que o Chefe de Polícia que editou a Portaria ilegal destinada a restringir o exercício do controle externo da atividade policial deveria responder por ação civil pública por improbidade administrativa¹⁹⁸. Poderá ainda configurar o crime de sonegação de documento público (CP, art. 314). A negativa arbitrária de acesso a documentos policiais, entre os quais o acesso ao registro das ocorrências, é passível de mandado de segurança para ter acesso às informações¹⁹⁹.

de lei não dá ensejo à ADIN (ver STF, Pleno, ADI 2489 AgR, rel. Min. Carlos Velloso, j. 10 set. 2003, DJ 10 out. 2003, p. 21). Posteriormente a ação foi julgada procedente pelo juízo de primeira instância.

¹⁹⁷ Nesse sentido: TJRS, 4ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70003919180, rel. Des. Araken de Assis, j. 12 jun. 2002.

¹⁹⁸ Nesse sentido, conferir precedente do TJRS: “3. Na hipótese dos autos restou comprovada diante da farta prova documental, a prática de atos de improbidade pelos réus enquanto no exercício dos cargos públicos de Delegado titular da Delegacia de Polícia de Homicídios de Trânsito e Delegado Chefe de Polícia. Atos comissivos de embarçar, obstruir e impedir que membros do Ministério Público realizassem atos de controle externo da atividade policial previstos na Constituição Federal e Constituição Estadual, bem como na LC nº 75/93, Lei nº 8.625/93 e LC nº 11578/01. Ato omissivo para apuração de irregularidades após a requisição pelo Ministério Público. Descumprimento do dever de assegurar o cumprimento fiel da lei. Penalidades dispostas no artigo 12, III da Lei nº 8.429/92 que se aplicam. 4. Sentença de parcial procedência mantida”; TJRS, 3ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042253286/2011, rel. p/ ac. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 20 out. 2011. No mesmo sentido é o precedente: TJRS, 2ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042394650, rel. Des. Pedro Luiz Rodrigues Bossle, j. 22 jun. 2011.

¹⁹⁹ Conferir precedente do TJRS: “MINISTÉRIO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE EXTERNO. ATIVIDADE POLICIAL. DOCUMENTOS. ACESSO. PORTARIA. CHEFE DE POLÍCIA. 1. No exercício da função de controle externo da atividade policial, é assegurado ao Ministério Público o acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade de polícia judiciária civil e militar e que digam respeito à persecução criminal. Art. 129, inciso VII, da CR. Atividade regulamentada pelo Provimento nº 08/2001 do Procurador-Geral da Justiça e pela Resolução nº 20 do CNMP. 2. Não tem o Chefe da Polícia Civil competência para disciplinar o controle externo do Ministério Público e excluir do acesso documentos relacionados à atividade-fim do Órgão. 3. Firmada a petição inicial do mandado de segurança por promotor de justiça que atua no controle externo da atividade policial na Capital, os efeitos da decisão concessiva da liminar estão restritos aos agentes do Ministério Público integrantes do Grupo designados pelo Procurador-Geral. Recurso provido em parte”. TJRS, 22ª Cam. Cível, AI n. 70023281181, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 6 mar. 2008. Ver ainda precedente do TJSP: “[É] visível a relação de coordenação, pois o Ministério Público também era recipiendário da supracitada atividade de polícia judiciária. Daí, o poder correccional que, naquela situação, não era hierárquico, interno ou de subordinação. Vale lembrar que a atividade correccional, prevista na Constituição da República, volta-se ao aperfeiçoamento dos serviços auxiliares. [...] Portanto, da função de auxílio nasce a relação de coordenação e a decorrente função correccional extraordinária (a ordinária é realizada pela própria Administração, ou seja, deriva do poder hierárquico). Em síntese, voltando ao caso em exame, a atividade de examinar livros de registros de atos de polícia judiciária era legítima, equivocando-se a autoridade policial em confundi-la com o controle interno”; TJSP, 6ª Cam. Crim., RSE n. 238.929-3/1, rel. Des. Fanganiello Maierovich, j. 16 out. 1997. Ver ainda comentários em Mazzilli, 2008:142 e Santin, 2007:85.

O MPF tem ainda utilizado da ação civil pública para impugnar remoções *ex officio* de policiais federais para outras unidades federativas, realizadas sem fundamentação, que implicavam em prejuízo ao erário (pelo pagamento desnecessário de diárias e ajuda de custo) ou representavam uma forma de retaliação velada contra o policial e sua família.

Há ainda casos de ação civil pública para elevar o número de policiais lotados em determinada Delegacia de Polícia, quando constatada a insuficiência de policiais e uma desproporção gritante com a média nacional. Utilizou-se ação civil pública para determinar-se a reabertura de um posto da PRF em área de fronteira com elevados índices de tráfico de armas e drogas, na qual se realizou acordo judicial para o acolhimento do pedido²⁰⁰. E ainda para obrigar o Estado a realizar obras de conservação em cadeia pública, não condizentes com as determinações legais, determinando-se enquanto isso a desativação da cadeia pública e a remoção dos presos²⁰¹.

Ademais, caso uma autoridade policial venha obstar o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, como, por exemplo, um delegado de polícia impedir que um membro do Ministério Público visite as dependências de uma Delegacia de Polícia, cadeia ou penitenciária, essa conduta configurará uma indevida restrição “aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional”, o que configurará ato de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/1965, art. 3º, “j”)²⁰².

Caso um Delegado de Polícia se recuse ilegalmente a cumprir uma requisição de diligências formulada pelo Ministério Público, além da eventual responsabilização do Delegado de Polícia, criminal e por improbidade administrativa, será possível aviar um mandado de segurança ou ainda uma medida cautelar preparatória da ação civil pública para se afastar o Delegado de Polícia das investigações. Todavia, antes do ajuizamento da ação, provavelmente será mais eficiente se requisitar à Corregedoria de Polícia que designe outro Delegado de Polícia para conduzir as investigações, nos termos do que é expressamente previsto pela Lei n.

²⁰⁰ Justiça Federal, 1ª Vara Federal de Corumbá/MS, autos n. 0001331-42.2011.403.6004, audiência de 1 jun. 2012.

²⁰¹ STJ, RMS 27.686/ES, rel. MIn. Nilson Naves, decisão monocrática, 25 fev. 2009, DJe 3 mar. 2009. Ver ainda precedentes estaduais: TJES, Cam. Crim. Reunidas, Processo 0004226-45.2006.8.08.000 (100.06.004226-2), MS n. 194018, rel. Des. Adalto Dias Tristão, j. 10 out. 2007. TJSC, 1ª Cam. Dir. Público, AI n. 2011.024943-1, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 4 out. 2011.

²⁰² Nesse sentido: Mazzili, 1991:513.

12.830/2013, art. 2º, § 4º, pois se trata de uma “inobservância dos procedimentos” previstos em lei que “prejudica a eficácia da investigação”.

5.4.5 Estratégias político-criminais de controle do desvio policial

Uma das principais ferramentas para a prevenção do desvio policial é a revisão periódica do padrão concreto de atuação policial, seja à luz das diretrizes normativas emitidas (que são inadequadas ou que são sistematicamente violadas) ou ainda diante da omissão de diretrizes normativas aptas a evitar possíveis espaços de arbitrariedades. Na opinião de Walker, “de todas as atividades que uma agência de controle externo da atividade policial pode realizar, a revisão das diretrizes de atuação policial é uma das mais férteis para se produzir mudanças organizacionais e, portanto, alcançar-se avanços duradouros na atividade policial”²⁰³.

Para tanto, a atividade de auditoria do padrão de atuação policial pode abranger: 1) criação de novas instruções normativas; 2) revisão das instruções normativas atuais inadequadas; 3) incremento dos mecanismos destinados a assegurar o efetivo cumprimento das instruções normativas atuais e adequadas, mas repetidamente violadas (treinamento, mais supervisão, mecanismos de controle interno mais eficientes)²⁰⁴. Também deve abranger a efetiva fiscalização da adequação do treinamento policial, assegurando que os policiais estejam capacitados para aplicar as diretrizes normativas expedidas.

Um conjunto de estratégias pode ser recolhido na doutrina como indicativo de estratégias político-criminais para a prevenção ou repressão do desvio policial. Destacamos algumas deles, sem pretensão de exaurir o tema.

Recuperamos aqui a classificação dos desvios policiais realizada anteriormente, de violência policial, corrupção policial, fraudes investigativas e omissões policiais, para indicar algumas das estratégias político-criminais de possível controle do desvio policial²⁰⁵. De forma geral, independente da modalidade de crime, o fortalecimento dos órgãos de controle interno e externo da atividade policial é essencial para incrementar-se a transparência do controle.

²⁰³ Walker, 2001:93. Ver ainda: Walker, 2005:135; Finn, 2001:69-72. Armacost, 2004:457, argumenta que o controle externo processual tem um efeito limitado, mas a reforma continuada da estrutura organizacional da Polícia possui efeitos mais eficientes em deter o desvio policial (ou ao menos em não favorecê-lo).

5.4.5.1 Violência policial

(a1) uso excessivo da força: a melhor forma de prevenir o uso excessivo da força consiste na estruturação de um padrão profissional de atuação policial²⁰⁶, com uma estrita regulamentação dos pressupostos de fato legitimadores do uso da força, das modalidades do uso gradativo dos meios necessários, conforme as diversas situações, de um sistema de treinamento e reciclagem continuado sobre os padrões de atuação policial e da criação de um sistema de documentação em relatórios dos incidentes de uso da força, tanto com a análise individual do incidente (quando se perceber claramente um excesso), seja a análise contínua da performance de um policial determinado em comparação com a média dos demais policiais, visando detectar de forma precoce possíveis padrões individuais de desvio (*early warning systems*), bem como com a responsabilização individual em caso de comprovação de excesso, tanto na esfera administrativa quanto na esfera criminal. Um dos fatores que favorecem o uso excessivo da força é a precipitação policial, indicada tanto por um treinamento deficiente, como por uma exposição a uma rotina de trabalho estressante, sendo ambas formas de incompetência policial (sendo do policial em não administrar o seu estado de estresse, sendo da instituição em não evitar situações potencialmente estressantes aos policiais)²⁰⁷. Portanto, um treinamento adequado em técnicas de minimização do uso da força, ou sua graduação concreta, são relevantes para evitar o excesso²⁰⁸. No âmbito da atividade de treinamento, é altamente recomendável que as instituições policiais não se autoisolem da sociedade e das demais instituições do Sistema de Justiça, sendo

²⁰⁴ Walker, 2001:94. Fletcher, 2001:412.

²⁰⁵ Conferir acima, seção 1.5.

²⁰⁶ Segundo Goldstein, 2003:15: “O modelo profissional dá ênfase à eficiência operacional, conquistada a partir de um controle centralizado, linhas nítidas de organização, melhor e mais efetiva utilização dos agentes policiais, maior mobilidade, intensificação dos treinamentos e crescente uso de equipamentos e tecnologia”.

²⁰⁷ Sobre a precipitação no uso da força como uma forma de incompetência policial, ver G.M. Silva, 2001:81.

²⁰⁸ Nos EUA, há regra de que o treinamento relacionado à prevenção do abuso de autoridade deve necessariamente incluir: (a) o reforço da necessidade de reportar eventuais desvios de policiais testemunhados e fatos relevantes relacionados com tais desvios; (b) informação sobre o que constitui retaliação quanto à delação de um desvio, sobre a proibição dessa retaliação e sobre os instrumentos de proteção oferecidos para policiais que sofram retaliação; (c) treinamento para interação com a diversidade cultural e sobre o policiamento comunitário; (d) a importância de preencher relatórios de forma o mais completa possível como forma de assegurar a sua integridade como policial; (e) treinamento continuado sobre as regras constitucionais e legais para realização de diligências que envolvam o contato direto com o cidadão, como revistas, buscas, prisões e uso da força; (f) exercícios práticos sobre dilemas éticos vivenciados por policiais e como portar-se em situações controversas. Tais treinamentos devem ser periodicamente repetidos e com participação obrigatória. Os supervisores devem ser periodicamente treinados sobre como realizarem a supervisão dos relatórios de atividades dos policiais. Ver EUA, U.S. District Court for the Central District of California, *Consent Decree*, § I.A.2, caso *United States vs. City of Los Angeles*, (15 jun. 2001), processo n. 00-11769, item 117, disponível em: <<http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/laconsent.htm>>, acesso em: 10 dez. 2010.

recomendável nos cursos de formação de policiais que haja participação obrigatória de juízes e membros do Ministério Público, além de policiais²⁰⁹. Algumas estratégias auxiliam a evidenciar possíveis usos excessivos da força, como subordinar toda prisão à realização de um exame médico obrigatório, assegurando-se efetiva independência dos órgãos de perícia da estrutura administrativa policial, estabelecer procedimentos obrigatórios para o esclarecimento de disparos de arma de fogo, e tornar obrigatórios relatórios de uso da força com obrigatoriedade de indicação de testemunhas “do povo” que tenham presenciado a diligência policial (cf. art. 292 do CPP). Outra estratégia preventiva é a obrigatoriedade de identificação ostensiva do nome dos policiais em suas vestes, uma derivação do princípio da transparência na atuação policial, que facilita a individualização das responsabilidades²¹⁰. Há estudos que indicam que exigir qualificação de nível superior para assumir cargo policial é um fator relevante para elevar o potencial de respeito aos direitos fundamentais²¹¹. Há que se premiar o policial que consegue solucionar conflitos sem recorrer ao uso da força²¹². Deve haver regras claras para que os supervisores se responsabilizem pela conduta de seus subordinados, punindo-se a omissão sistemática de controle²¹³. De forma mais geral, um investimento premente no aspecto preventivo do que propriamente no repressivo é um fator relevante para minimizar os eventos de violência policial²¹⁴.

(a2) ilegalidades de eficiência: para se evitar as ilegalidades de eficiência, deve-se alterar a própria cultura policial. É essencial a disseminação de conhecimentos de novos métodos práticos operacionais, que permitam ao policial de rua perceber que é possível ser

²⁰⁹ Nesse sentido, em Portugal, o art. 41.2 da Lei n. 37/2008 (Lei Orgânica da PJ) prevê a possibilidade de magistrados e membros do Ministério Público serem os diretores da Escola de Polícia Judiciária.

²¹⁰ O dever de identificação do policial pode ser derivado de uma interpretação extensiva do disposto na CRFB/1988, art. 5º, LXIV, relativo ao direito de identificação do policial responsável pela prisão e pelo interrogatório. Relacionando a identificação ostensiva do policial com o controle externo realizado pela população: Bayley, 2006:179. Preendo a obrigação de policial identificar-se durante uma diligência de identificação de cidadão, ou quando da realização de prisão, ver o art. 14.c da Lei n. 37/2008 de Portugal (Lei Orgânica da Polícia Judiciária). Também há regras específicas para a dispensa de identificação do policial, com os mecanismos de controle. Sobre o dever de identificação individual do policial no curso de suas diligências, no âmbito de uma sociedade democrática, afirma França, *Le Défenseur des droits*, 2012:31, que “em uma sociedade democrática, todo funcionário da segurança no exercício de suas funções deve poder ser identificado; [...] de forma geral, a CEDH considera que a ausência de identificação configura uma forma de impunidade a certas categorias de policiais. [...] Conclui-se que a identificação deve ser a regra e o anonimato a exceção”, concluindo que a identificação ostensiva dos nomes dos policiais é uma garantia fundamental dos cidadãos contra eventuais desvios.

²¹¹ Carlan e Byxbe, 2000; Rydberg e Terrill, 2010; Bittner, 2003:165-176.

²¹² R. Aguiar, 2001:213.

²¹³ Mollen, 1994:50.

²¹⁴ Lyra *et al.*, 2004:71.

eficiente dentro da legalidade, de forma a suplantar a cultura policial da eficiência através da ilegalidade²¹⁵. Por outro lado, as principais diligências policiais devem ser documentadas para poderem ser controladas pela análise *a posteriori* da efetiva presença de seus pressupostos de fato e das respectivas formalidades; todavia, grande número das ilegalidades de eficiência normalmente são escondidas mediante a não documentação das diligências ilegais que se tornam frustradas (violação domiciliar ou revistas pessoais sem justa causa), mediante o seu encobrimento (coerções no interrogatório não documentadas) ou mediante fraudes investigativas (depoimentos falsos combinados entre policiais para forjarem uma situação de fato que autorizaria a intervenção policial). Como solução desse problema, deve-se criar garantias procedimentais para a realização das diligências que permitam assegurar sua lisura, especialmente explicitando-se de forma clara o reconhecimento pelos policiais de seus pressupostos e permitindo-se sua reconstrução posterior pelo órgão de controle. A participação obrigatória do Ministério Público na fase das investigações, enquanto órgão de controle, é uma garantia de fiscalização contra as ilegalidades de eficiência. Para os casos de violações graves de direitos para obtenção de provas ou informações na fase das investigações, que exijam um efeito dissuasório efetivo para evitar sua reiteração, deve-se aplicar o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, como instrumento de proteção preventiva da reiteração do desvio policial ligado à eficiência da investigação²¹⁶. A análise dessas garantias processuais é feita de forma individualizada para cada diligência específica, conforme as áreas de risco de desvio policial concretamente envolvidas e os interesses da persecução penal. Deve-se, portanto, evitar um raciocínio de convalidação do fato consumado, ou seja, por exemplo, o fato de policiais entrarem em uma residência e encontrarem uma situação de flagrante delito não significa por si só que a diligência seja legítima, pois se deve documentar quais foram os sinais externos que concretamente conduziram os policiais a verificar o estado de flagrante a legitimar sua intervenção no caso concreto²¹⁷. Também a criação de instituições de investigação das notícias

²¹⁵ Saporì, 2007:133

²¹⁶ Sobre o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, sua relação com a necessidade de estabelecer um efeito dissuasório de futuras violações de direitos fundamentais, bem como sua relação com o princípio da proporcionalidade (especialmente a ponderação da gravidade do fato investigado e a diminuta gravidade do desvio policial, e as demais exceções a esse princípio – como a admissibilidade pro reo, o abuso de garantias constitucionais, a exceção de boa fé, os conhecimentos fortuitos, a descontaminação posterior, as violações por particulares, a violação de direitos de terceiros, e o erro inócuo), ver nosso trabalho: Ávila, 2007.

²¹⁷ Se o policial possui o mau hábito de praticar ilegalidades de eficiência, ele provavelmente não documentará as diligências ilegais que não produziram resultados e documentará apenas as que produziram resultados; aceitar uma diligência praticada sem pressupostos de fato, mas com um resultado eficiente no caso concreto pode

dos desvios, com efetiva punição dos desviantes, auxilia reforçar a necessidade de obediência à norma. No caso da atuação discriminatória, uma importante medida de fiscalização desse desvio consiste na análise sistêmica (pelos *early intervention systems*) dos padrões de abordagem do policial, para verificar se um policial específico possui um padrão de abordagem a minorias étnicas ou religiosas em padrão substancialmente distinto dos demais policiais, o que indicaria uma provável tendência discriminatória a justificar uma intervenção antecipada para alteração da racionalidade discriminatória do policial e, portanto, para prevenção da continuidade do problema²¹⁸.

Ainda quanto à ilegalidade de eficiência, uma consideração merece ser feita: a ausência extrema de ferramentas investigativas à Polícia pode ser um fator de maior vulnerabilidade à prática de ilegalidades de eficiência. Se a Polícia não possui estratégias de investigação aceitas pelo direito e há uma forte pressão (social, da mídia, da cúpula da instituição) para o esclarecimento de um delito grave, há uma maior probabilidade de que os investigadores criem atalhos à legalidade para esclarecer o delito. Esses atalhos ilegais podem ser revelados no processo (e ensejarem sua anulação) ou ficarem ocultos, mas são um risco não desprezível em termos de funcionamento do sistema processual penal. Essas considerações permitem a reflexão de que um excesso de garantismo (ou “garantismo autista”, na expressão de Sarlet²¹⁹) pode, eventualmente, trazer efeitos colaterais mais nocivos que sua ausência, na medida em que uma atividade investigativa realizada fora do quadro legal não pode receber qualquer tipo de garantias contra outros possíveis abusos (além da própria ilegalidade)²²⁰.

significar cancelar todo o conjunto de possíveis diligências ilegais praticadas por um eventual policial desviante. Daí a relevância de efetivamente realizar-se a análise da presença dos pressupostos de fato no caso concreto, mesmo que a diligência mostre após a intervenção policial resultados positivos.

²¹⁸ Sobre tais sistemas de alertas precoces sobre possíveis padrões desviantes, como ferramenta importante para alteração da cultura policial em direção a valores democráticos, ver Walker, 2005:100-134 e Walker, 2001:172. Ver comentários infra na subseção 5.4.6.

²¹⁹ Sarlet, 2004:89.

²²⁰ Durante algum tempo após o advento da CRFB/1988, a Polícia passou a realizar várias interceptações telefônicas, algumas com autorização judicial e outras sem, mesmo antes da vigência de uma lei que regulamentasse o tema. Apesar de o STF em algumas oportunidades declarar a ilegalidade da diligência, a Polícia continuou a praticar escutas ilegais, diante da impossibilidade de solucionar muitos crimes graves sem essa diligência. Da mesma forma, a ausência de regulamentação da detenção momentânea para esclarecimento da identidade, ou a ausência de previsão da detenção policial de curta duração para representação pela prisão preventiva de crimes gravíssimos, não impede que, faticamente, em muitas situações, essas diligências sejam realizadas à margem da lei, e sem quaisquer mecanismos de controle. Melhor que ignorar essas diligências seria trazê-las para a legalidade e regulamentá-las de forma a proteger os interesses em jogo. As considerações acima expendidas pretendem ressaltar a importância político-criminal (relativa à prevenção de possíveis desvios policiais) de reconduzir as

(a3) Castigos: via de regra a cultura policial sabe dissociar seu código informal do código legal, reconhecendo as divergências e evitando as consequências legais no caso de conflitos de valores entre os códigos. Apesar de eventualmente alguns policiais reconhecerem como legítimo (ou tolerarem) o recurso a agressões físicas para restabelecer a autoridade policial ou para punir um agressor, certamente esse fato não constará de relatórios e será abafado pelo código do silêncio. Assim, a melhor forma de evitar esse desvio será criar rotinas de confirmação obrigatória de situações suspeitas de possíveis agressões no curso de diligências de abordagem policial; ou seja, o fato de um detido ser apresentado com ferimentos ao IML deve ensejar a obrigatoriedade ao policial de justificar aquela situação de ferimentos, e uma manifestação tanto dos superiores hierárquicos do policial quanto do Ministério Público sobre essa situação²²¹. Uma discussão interna aberta sobre os problemas do código do silêncio também é relevante para alterar-se essa cultura²²². Ademais, os órgãos internos e externos de controle da atividade policial devem criar canais de comunicação com a população para receber reclamações contra os desvios policiais, com a capacidade de investigar de forma independente tais desvios, e com a obrigação de prestar ao interessado uma resposta em prazo razoável, bem como a obrigação de apresentar ao público relatórios periódicos sobre a atuação do órgão de controle. Para que o canal de comunicação possa receber as notícias de desvios, é necessário um trabalho de conscientização da população sobre seus direitos e deveres no relacionamento com a autoridade policial, incentivando-a a denunciar eventuais abusos. A existência de um órgão de controle externo, independente da estrutura policial, é especialmente relevante para assegurar a lisura do processo de investigação, estando fora de quaisquer pressões institucionais de minimização das possíveis situações de desvio, decorrentes do corporativismo inerente a todas as instituições, inclusive à instituição policial. A retirada das carceragens das Delegacias de Polícia com criação de Centros

diligências policiais a um quadro normativo que balize sua atuação, que dê condições à Polícia de atuar dentro da lei, assegurando efetivamente as garantias de controle, para a melhor proteção possível dos direitos fundamentais em jogo.

²²¹ Também deve-se ter um especial cuidado para os casos de atuação policial por desacato, resistência ou desobediência, já que podem eventualmente encobrir casos de abuso de autoridade. Mas aqui, restará tão somente analisar a prova apresentada pelos policiais e pelo autuado, com especial cuidado para as eventuais contradições entre policiais, exigindo-se uma prova acima de dúvidas para justificar a condenação (como deveria ser em todo delito, mas aqui com o risco de a atuação eventualmente encobrir uma situação de abuso).

²²² USCCR, 2000:45.

de Detenção Provisória é um relevante instrumento para se minimizar o risco de castigos (distanciando-se o investigador do preso)²²³.

(a4) Desrespeito: esse desvio está diretamente ligado à representação da função policial como órgão de autoridade no tratamento com criminosos e não como um serviço público ao cidadão (inclusive ao cidadão que eventualmente comete um desvio). Se um policial enxerga as pessoas com as quais se relaciona como possíveis delinquentes, e acredita que os delinquentes não merecem respeito, mas devem ser tratados como delinquentes (inferiorização, despersonalização, demonização), então esse policial tenderá a tratar de forma autoritária os cidadãos com os quais se relaciona. As medidas preventivas mais adequadas são as ações educativas de direitos humanos, associadas à fiscalização, pelos superiores hierárquicos, de padrões de excelência no relacionamento com o público. Eventualmente, avaliações de satisfação no atendimento de vítimas podem ser úteis para evidenciar falhas. Problemas de discriminação devem ser solucionados com incentivos a uma composição étnica dos corpos policiais que refleta a da sociedade (se necessário com ações afirmativas), adequado treinamento sobre as diversidades e encontros periódicos com organizações representativas das diversidades²²⁴. Especificamente quanto à exposição vexatória da imagem, cabe uma postura ativa das cúpulas da Polícia, deixando de serem coniventes com essa prática, e a previsão de uma sanção penal específica para a hipótese. Entendemos perfeitamente pertinente o Ministério Público editar recomendações à Polícia para evitar essas práticas de exposição abusiva da imagem de presos²²⁵. Quanto à divulgação indevida de conversas telefônicas que foram objeto de interceptação telefônica judicialmente autorizada, esse é um desvio de difícil solução, pois o jornalista sempre invoca o sigilo da fonte para acobertar o policial (ou funcionário da justiça ou do Ministério Público) que realiza a divulgação ilícita da gravação; um controle rígido da circulação das cópias

²²³ Lyra *et al.*, 2004:73. Também propõem uma sugestão para se evitar o castigo ao preso (*loc. cit.*): “Abertura de um registro de custódia em separado para cada pessoa presa, indicando-se a hora e as razões da prisão, a identidade dos policiais que efetuaram a prisão, a hora e as razões de quaisquer transferências subsequentes, particularmente transferências para um tribunal ou para um Instituto Médico Legal, bem como informação sobre quando a pessoa foi solta ou transferida para um estabelecimento de prisão provisória. O registro ou uma cópia do registro deverá acompanhar a pessoa detida se ela for transferida para outra Delegacia de Polícia ou para um estabelecimento de prisão provisória”.

²²⁴ USCCR, 2000:25 e 44.

²²⁵ Nesse sentido, ver a Recomendação n. 09/2009 do MPF/PB. Nessa situação, apesar de não haver uma regulamentação legal estrita dos interesses em colisão (por um lado a liberdade de imprensa e o interesse público na informação, e de outro lado o direito à imagem do preso), há padrões mínimos de solução desse conflito, diretamente extraíveis do princípio da proporcionalidade, e tais princípios, com sua carga normativa, já exigem aplicação imediata (ver acima discussão sobre a ilegitimidade da exposição vexatória da imagem do preso).

de gravações, documentando-se todos os acessos às gravações, parece ser a única solução preventiva; outra solução seria a criminalização da divulgação indevida do teor da interceptação telefônica, inibindo diretamente a ação do jornalista (todavia, aqui, o problema tangencia a colisão entre o direito à privacidade, de um lado, e o direito à informação pública e à liberdade de jornalismo, de outro lado, apesar de entendermos que a divulgação é abusiva e, portanto, não pode ser chancelada pelo direito). Havendo o desvio policial, caberá aos órgãos de controle terem canais abertos para receberem as reclamações e as apurarem.

(a5) Violência gratuita: deve-se identificar os fatores de risco individuais para a prática de atos de violência, para seu monitoramento e prevenção. Distúrbios psicológicos crônicos deveriam ser avaliados antes do ingresso na carreira, evitando-se o ingresso de pessoas com deficiências graves de equilíbrio pessoal²²⁶. O advento de situações de potencial abalo psíquico ao policial, como uma separação conjugal, a perda de um familiar, devem ser objeto de um diagnóstico pelos superiores e ensejar uma intervenção psicológica profilática. Jornadas de trabalho excessivas e exposição acentuada a incidentes de alto risco pessoal podem também desencadear reações de violência e devem, portanto, ser evitadas. Constatada a persistência de um padrão de atuação violenta, deve-se providenciar o afastamento do policial de suas funções, como fator de prevenção de novos desvios graves²²⁷. A prática de fatos graves de violência policial ou a reiteração de fatos de gravidade mediana deve ensejar o afastamento cautelar do cargo e a sua posterior perda²²⁸.

5.4.5.2 Corrupção

Para os atos de corrupção que são representados na cultura policial como aceitáveis (i) deve-se realizar uma avaliação contínua de quais são esses atos tolerados, seguindo-se de um trabalho de conscientização sobre a ilegalidade dos mesmos (adesão da cultura informal às normas legais), bem como incrementar a fiscalização dos desvios para a respectiva repressão. No caso do uso pessoal de bens institucionais, um controle efetivo da utilização dos bens pode prevenir esse desvio. No caso de apropriação pessoal de objetos apreendidos, a obrigatoriedade

²²⁶ Reconhece-se, todavia, a falibilidade de avaliações psicotécnicas para assegurar que pessoas com tais distúrbios ingressem na atividade policial.

²²⁷ Lyra *et al.*, 2004:72.

²²⁸ Sobre o afastamento cautelar do cargo, v. abaixo, subseção 5.6.5.

de participação de testemunhas no processo de buscas, e a catalogação *in loco* dos bens apreendidos, seguida de selo de autenticidade do catálogo, pode auxiliar a controlar a lisura do processo de apreensão. De forma especial, deve haver um código de ética que proscrisse claramente as situações de potencial conflito de valores éticos do policial com o exercício de sua função, bem como a efetiva fiscalização de sua aplicação. Para os atos de extorsão (ii), que são (normalmente) representados como ilegais pela cultura policial, alguns deles não são delatados por policiais ante o receio de represálias pelos próprios colegas; assim, uma política de proteção de testemunhas dentro da própria instituição é essencial para trazer tais desvios à luz (o apoio da instituição à delação de desvios, não expondo os policiais, que são testemunhas de desvios contra outros policiais, a atividades que os tornem vulneráveis a represálias de seus colegas desviantes e a valorização institucional das atitudes de repúdio ao desvio policial). Para as demais atividades de corrupção ligadas à participação no crime organizado (iii), a única forma efetiva de controlá-la é através dos controles interno e externo, com investigações das notícias de desvios e efetiva punição dos desviantes, com sua exclusão dos quadros da Polícia²²⁹. A rotatividade na lotação de policiais em áreas especialmente expostas ao risco de corrupção também é uma estratégia²³⁰. Eventualmente, a utilização de agentes infiltrados dentro da própria Polícia pode ser uma estratégia de detecção de práticas criminosas²³¹. Um dos fatores mais complicados de facilitação da corrupção policial é o contato com informantes, de sorte que, para evitar o risco de corrupção, é conveniente que todos os encontros com os informantes sejam diretamente supervisionados pelo supervisor imediato, com relatórios sobre os contatos²³². Finalmente, o problema da

²²⁹ Segundo conclusão da Comissão Mollen, de Nova Iorque (Mollen, 1994:5), a prevenção à corrupção policial deve ser necessariamente multifacetária, englobando regras estritas de recrutamento, triagem de pessoal, treinamento sobre a integridade de atuação, supervisão, repressão dos desvios, *accountability* e mudança da cultura policial. Já Klockars *et al.*, 2005:8-10, destacam os seguintes aspectos relacionados à prevenção da corrupção policial: estabelecimento de regras claras sobre o que é lícito ou ilícito, alteração das normas informais de aceitação de pequenas infrações às normas, educação continuada em ética policial (que deve deixar de ser vista como um mero apêndice ao “policiamento de verdade”), investigações pró-ativas de corrupção policial pelas Corregedorias de Polícia, testes periódicos de integridade, disciplina a punição dos desvios, estratégias para enfraquecer o “código do silêncio” e uma alteração da visão do público sobre a normalidade da corrupção policial. Em sentido semelhante, v. Punch, 2009; Prenzler, 2009. Para indicações concretas sobre como estruturar um programa de educação continuada contra a corrupção em Departamentos de Polícia, ver Palmiotto, 2005:291. Genericamente, v. C. Oliveira, 2006.

²³⁰ Miller e Blackler, 2005:135.

²³¹ Cox, 1996:189.

²³² Uma das regras constantes do *consent decree* USA v. LAPD (2001), item 108.h, foi a de que “policiais de investigação devem ser exigidos a que tenham prévia autorização do supervisor antes de se encontrarem com um informante, documentarem todos os encontros, contatos relevantes e informações recebidas de um informante em um sistema de controle de informantes, informar seus supervisores de qualquer contato com o informante e advertir o informante que ele não deverá violar qualquer lei para obter informações”.

corrupção policial passa pela alteração de mentalidade da própria sociedade sobre a corrupção, não apenas não esperando como normal receber um pedido de propina de um policial ou oferecendo propina por uma ação eficaz (que deveria ser uma obrigação para o policial), mas especialmente não aceitando tais atos de corrupção e engajando-se na discussão pública do problema²³³.

Em Nova Iorque, após dois grandes escândalos de corrupção²³⁴, o NYPD adotou quatro estratégias para a redução da corrupção policial: (1) descentralização do controle e “empoderamento” de supervisores locais (capacitação e responsabilização de supervisores locais pelo controle da corrupção de seus subordinados); (2) inclusão (fazer todos os policiais participarem do processo de controle da corrupção); (3) avaliações periódicas de *performance*; (4) estruturação de um órgão de controle interno eficiente; (5) atuação conjunta com um órgão de controle externo específico para o controle da corrupção policial²³⁵. Deve-se, portanto, realizar uma constante avaliação do risco à corrupção em cada atividade, estabelecendo-se mecanismos de controle interno e externo desses riscos²³⁶.

5.4.5.3 Fraude investigativa

No caso de (i) falsa incriminação de suspeitos: essa situação deve ser reconduzida à lógica das ilegalidades de eficiência, com garantias procedimentais de realização das diligências e com a investigação das notícias de eventuais desvios, especialmente com uma análise acurada da prova produzida contra a pessoa falsamente acusada. Infelizmente, a descoberta da fraude investigativa é extremamente complexa, já que se parte sempre do pressuposto que a maioria dos policiais age dentro da lei (o que é verdade) e, portanto, esse desvio da minoria encobre-se no respaldo da maioria. No caso de (ii) retaliação ou (iii) encobrimento de desvios de policiais, deve-se analisar o histórico de conflitos entre um policial e um indivíduo para analisar a verossimilhança da alegação de retaliação ou encobrimento de desvio, para a partir daí iniciar-se alguma investigação. Essas situações, bem como no caso de

²³³ Klockars *et al.*, 2006:10, destaca que o problema da corrupção policial está relacionado também com as expectativas do público sobre a atuação policial e com a própria história do Departamento de Polícia.

²³⁴ Ver os relatórios da Comissão Knapp, 1972 e Comissão Mollen, 1994.

²³⁵ Palmiotto, 2005:292.

²³⁶ Sobre a gestão do risco de corrupção, ver Recomendação n. 01/2009, do Conselho da Prevenção da Corrupção de Portugal.

(iv) encobrimento de terceiros (por corrupção), são especialmente delicadas, pois a maioria dos réus pretende, com alegações de abuso policial, desqualificar a prova contra si e obter uma absolvição, de sorte que a constatação da fraude policial dependerá sempre de outras informações adicionais que comprovem a impossibilidade lógica de realidade das informações dos policiais (ou do réu que alega ser uma vítima do abuso policial). Ainda assim, não necessariamente qualquer incongruência entre a informação policial e a realidade configurará uma situação de fraude investigativa, pois há sempre a possibilidade de erro inocente de apreciação da situação pelo policial, ou de a informação policial controvertida, ainda que enseje uma absolvição por insuficiência de provas, ser verdadeira.

Nos casos de fraude processual de encobrimento de terceiros por corrupção, ou no caso geral de corrupção, um fator profilático importante é a valorização da carreira, não submetendo um policial a salários aviltantes quando ele atua no combate ao crime que movimenta cifras elevadas, criando uma tentação adicional de abrir mão de padrões éticos em favor do lucro fácil. Todavia, a valorização salarial não é uma solução para todos os males, pois, ainda que um policial tenha um bom salário, sempre haverá a tentação de ganhar um pouco mais e os fracos de caráter (ou nas instituições onde o controle é fraco), o policial poderá cair na tentação da corrupção. Assim, enquanto se possa concluir que salários aviltantes podem ser considerados como um fator de vulnerabilidade do policial à corrupção, a partir de um determinado valor razoável de dignidade salarial, o posterior acréscimo salarial não ensejará necessariamente uma maior imunização à corrupção²³⁷.

5.4.5.4 Omissão policial

(d1) Ineficiência por desestrutura: o problema da falta de estrutura material e de recursos humanos é reiteradamente invocada pela Polícia como uma justificativa para sua eventual ineficiência. A ineficiência muitas vezes abrange o aspecto técnico da atividade policial (ampliação da capacidade pericial de identificação balística, de impressões digitais, de reconhecimento de DNA *etc.*)²³⁸. O problema não é de fácil solução. Por um lado é claro que o

²³⁷ Aqui parece valor o adágio popular: “o excesso de dinheiro não traz felicidade, mas sua ausência traz infelicidade” (parafraseando a felicidade com a imunização à corrupção e a infelicidade como a vulnerabilidade à corrupção). Assim, altos salários não asseguram imunidade à corrupção, mas salários aviltantes são um fator de vulnerabilidade à corrupção. Sobre a corrupção policial, ver Punch, 2009; Dixon, 1999, Newburn, 1999.

²³⁸ Lyra *et al.*, 2004:73.

Estado possui o dever de proteção penal aos cidadãos, e esse dever passa pela estruturação efetiva de um serviço encarregado da prevenção e investigação criminais. Todavia, os recursos materiais do Estado são limitados, não sendo possível expender todos os recursos públicos na rubrica da segurança pública (aliás, educação, saúde, e outras atividades de assistência social podem ter um impacto muito mais eficiente em termos de prevenção criminal – apesar de nunca eliminarem totalmente o problema e sempre restar algo à segurança pública). Se o Estado não possui recursos ilimitados, há que se encontrar um equilíbrio entre o necessário e o viável. Uma configuração do serviço público de segurança esdruxulamente aquém de um mínimo necessário pode ensejar a responsabilização do governante por ato de improbidade administrativa, e, em tese, é possível uma ação civil pública aviada pelo Ministério Público para compelir o governo a proporcionar uma estrutura mínima para a atividade policial²³⁹. Todavia, entre o mínimo necessário e o ideal há um grande espaço de configuração das políticas públicas que se abre ao administrador para configurar concretamente o interesse público, não sendo lícito ao Poder Judiciário substituir-se ao Poder Executivo na configuração integral das políticas públicas (entre elas a alocação de recursos materiais e humanos para o serviço público de segurança).

Assim, cabe ao Ministério Público, na qualidade de órgão de controle externo da atividade policial, realizar gestões informais para o incremento da estrutura policial, e fiscalizar se a estrutura designada não está sendo desperdiçada. Feita essa análise, e ainda restando déficits (sempre haverá...), cabe discutir o problema da eleição de prioridades. Sendo o problema criminal um gigante e os recursos policiais limitados, caberia discutir a questão de como otimizar os poucos recursos públicos existentes. No âmbito da política de segurança preventiva, há efetivamente um largo espectro de liberdade na configuração das políticas públicas pelo administrador, ainda que cada vez mais confrontado com exigências de participação popular nessa política e da própria participação do Ministério Público como agente privilegiado de indicação das prioridades político-criminais²⁴⁰.

A atuação do Ministério Público na fiscalização das políticas criminais não é a mesma de sua atuação na fiscalização das demais políticas públicas, pois aqui ele possui uma

²³⁹ Sobre a proibição de insuficiente de proteção e o direito fundamental coletivo à segurança pública, ver comentários acima na subseção 2.1.3 e ainda no item 2.2.2.5.

²⁴⁰ Sobre a participação do Ministério Público na formação da política criminal, bem como sobre as experiências de abertura democrática na formação da política-criminal no Brasil, ver Suxberger, 2010; Santin, 2004:200-214.

envergadura diferenciada pela própria Constituição, na qualidade de instituição responsável pelo controle externo da atividade policial. Essa posição impõe-lhe a atribuição de fiscalizar o correto funcionamento da estrutura policial, de forma a assegurar a indisponibilidade da persecução penal (art. 3º, “d”, da LC n. 75/1993), da qual é titular exclusivo (cf. art. 129, I, da CRFB/1988), sendo ainda um fiscal qualificado da preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público (art. 3º, “b”, da LC n. 75/1993). Nessa linha, como fiscal privilegiado da política de segurança pública, o Ministério Público pode efetivamente influenciar o processo de construção da política criminal, como propulsor de ações da Polícia, mediante recomendações de atuação policial e requisição de atividades específicas à Polícia (operações de policiamento).

A questão torna-se mais complexa a partir do instante que há uma notícia de crime já individualizada, pois nesse momento já não é mais possível à Polícia decidir quais são as prioridades de investigação (decidir que determinados crimes não serão investigados em preferência de outros considerados mais relevantes), pois, nessa seara, a disponibilidade é exclusiva do Ministério Público. Dessa forma, toda a notícia de crime deve ser repassada ao Ministério Público, para avaliação de quais merecem um arquivamento sumário, diante da inviabilidade *ab initio* de esclarecimento, e quais outras possuem viabilidade de persecução penal e merecem, portanto, o investimento estatal da energia dos órgãos de investigação criminal²⁴¹. A questão da eleição de prioridades pode retornar já não na necessidade de instaurar procedimentos de investigação, mas na preferência a ser dada entre os inúmeros procedimentos de investigação. O ideal seria a própria lei estabelecer os crimes que deveriam ter um tratamento de prioridade especial em detrimento dos demais, todavia reconhece-se que tais prioridades não são necessariamente passíveis de uma formulação teórica genérica e integral que esteja dissociada da análise das peculiaridades do caso concreto. Aqui, novamente abre-se um campo de liberdade à Polícia para conduzir as investigações, que, todavia, não pode ser conduzido à margem da fiscalização do Ministério Público. Assim, não se pode excluir do Ministério Público a possibilidade de indicar à Polícia quais crimes considera prioritários a ponto de justificar um escalonamento no dispêndio da energia institucional. O ideal é que tal construção se dê a partir de parâmetros legais, concretizada mediante um entendimento conjunto entre Ministério Público, Polícia, órgãos políticos e comunidade, ou seja, num ambiente efetivamente democrático. O

²⁴¹ Ver discussão supra, seção 3.3, sobre o problema do controle processual pelo Ministério Público das comunicações de crimes.

instrumento do Ministério Público para materializar essa indicação de prioridades é a recomendação (em termos genéricos) e a requisição (específica para um caso concreto)²⁴².

Uma solução alternativa para se incrementar os recursos humanos da atividade investigativa é a simplificação e desburocratização dos procedimentos do inquérito policial, mediante reformas legislativas ou implementação de novas metodologias de trabalho que possibilitem a maximização dos recursos humanos (mantendo apenas as formalidades essenciais a assegurar as garantias mínimas na investigação criminal)²⁴³.

(d2) Ineficiência por incompetência: no âmbito da atividade de segurança pública preventiva, a má-gestão dos recursos humanos e materiais à disposição das autoridades policiais pode ser controlada mediante a fiscalização pelo Ministério Público das políticas criminais e pela análise *in concreto* de uma determinada omissão, mediante recebimento de reclamações. Alguns países tem estabelecido mecanismos de acompanhamento mais próximos do dia-a-dia policial, de forma a controlar a produtividade e evitar que a leniência se instale²⁴⁴.

Já no caso da ineficiência investigativa por incompetência, os mecanismos profiláticos consistiriam na auditoria da estruturação dos serviços policiais de inteligência para descoberta de crimes, na criação de canais de reclamação contra eventuais omissões de registro de notícias de crimes, na criação de regras rígidas sobre a obrigatoriedade de encaminhamento da notícia do crime para o próximo elo da cadeia investigativa (visando assegurar que ela chegue ao Ministério Público). A fiscalização da condução da linha investigativa e da realização das diligências relevantes para o esclarecimento do crime ocorre mediante a participação obrigatória do Ministério Público no acompanhamento do desenrolar das investigações, não sendo admissível haver investigações policiais fora desse marco constitucional.

Há verdadeira *vexata quaestio* quando a Polícia deixa de cumprir reiteradamente diligências investigativas requisitadas pelo Ministério Público para o esclarecimento dos fatos. Nessa situação, ou há efetivamente uma ineficiência por desestrutura,

²⁴² Sobre o poder do Ministério Público de indicar prioridades de investigação à Polícia, ver abaixo, no item 3.4.3.5.

²⁴³ Sobre a desburocratização da investigação criminal, ver críticas de J.F. Dias, 2013:169.

²⁴⁴ Nesse sentido, quanto à Polícia francesa, Mauhanna, 2007:145, refere a instalação de GPS para monitorar a localização das patrulhas, de forma a evitar tanto a inatividade, bem como para facilitar a comprovação de que determinada patrulha esteve em determinado local em dada hora (no caso de investigação de eventual arbitrariedade).

que impede a realização de todas as diligências necessárias, ou há má gestão dos recursos, ou ainda há uma divergência entre as investigações que a Polícia considera prioritárias e as que o Ministério Público assim entende (ou ainda, dentro da mesma investigação, entre as diligências que a Polícia considera prioritárias e as que o Ministério Público entende mais relevantes). Nessa situação, parece-nos que apenas duas soluções podem ser antevistas: ou reitera-se a requisição, com tratativas pessoais com o delegado de polícia para assegurar o cumprimento da requisição; ou avoca-se a responsabilidade de prosseguir na investigação, mediante a realização de atos de investigação direta pelo próprio Ministério Público. Havendo comprovação concreta de omissão dolosa, é possível a responsabilização criminal do delegado de polícia por crime de prevaricação²⁴⁵; todavia, a escusa ordinária será sempre o excesso de trabalho... Comprovando-se um nicho de ineficiência em determinada delegacia de polícia, quando comparada com outras de estrutura semelhantes, é viável que o Ministério Público realize entendimentos com a cúpula da Polícia para resolução da ineficiência sistêmica. Uma recusa imotivada em resolver essa situação pelos superiores também deve ensejar a responsabilização do dirigente policial por improbidade administrativa.

(d3) Omissões dolosas: os problemas de omissão decorrentes da sub-representação da gravidade do fato ou por razões pessoais devem ser reconduzidos à lógica da omissão por incompetência, pois trata-se de um problema de má gestão de recursos humanos, com ausência de estratégias motivacionais ou de conscientização adequadas. O problema mais complexo é o da permeabilidade da Polícia a pressões de grupos de poder político; nessas situações, muitas vezes um policial não deseja deixar de agir, mas uma diretiva informal da cúpula institucional (eventualmente por ordem de forças políticas com poder de mando sobre a Polícia) acaba por impedir-lhe de tomar outras medidas investigativas mais eficientes; apesar de não haver uma sanção formal para o afrontamento às diretivas informais, suas consequências podem ser graves para um policial: perda de funções comissionadas, transferência para cidades de interior longe de sua família, ostracismo institucional e eventualmente até a retaliação num futuro processo disciplinar quando de algum incidente controvertido no exercício da atividade policial (cujas possibilidades de ocorrência não são raras).

²⁴⁵ Ver comentários supra, item 3.4.3.3.

A solução desse problema não é simples, pois, por um lado, a direção da atividade policial é inerente à execução da política de segurança pública, de atribuição do Poder Executivo. Todavia, a partir do momento que há uma notícia de crime já individualizada e ingressa-se no âmbito da investigação criminal (atividade de repressão), o domínio dessa atividade não está mais nas mãos do poder executivo, mas do Sistema de Justiça Criminal; e o titular do direito de promover a persecução penal é o Ministério Público, contando, para tanto, com o auxílio institucional da Polícia de investigação para recolher os elementos de informação da autoria e materialidade do crime que lhe permitam o exercício da ação penal. Portanto, é inerente à atividade do Ministério Público a prerrogativa de assegurar o bom recolhimento das informações de investigação. Assim, no âmbito da atividade de polícia de investigação, é conveniente assegurar aos investigadores garantias contra pressões institucionais ou externas tendentes a obstar a atividade investigativa. Todavia, essas garantias jamais podem chegar ao limite de obstar que o próprio titular da ação penal venha dar as diretrizes que entende pertinentes para a melhor condução das investigações (tanto que a disponibilidade da atividade investigativa está nas mãos do Ministério Público, através do arquivamento das investigações, com os respectivos mecanismos de controle²⁴⁶). Há que se encontrar, portanto, o equilíbrio entre garantias institucionais contra pressões internas e externas, assegurando-se a dependência funcional da Polícia em relação à autoridade que é titular da persecução penal (o Ministério Público), com seu respectivo poder de requisição de diligências e, portanto, de direcionamento indireto da atividade investigativa como forma de controle externo da atividade policial. Finalmente, no caso de omissões dolosas por corrupção, o controle dessas omissões deve ser realizado tanto pela fiscalização do cumprimento das obrigações de comunicação da notícia do crime e de realização das diligências investigativas, bem como pela responsabilização criminal no caso de comprovação (difícil, mas não impossível) da associação do policial com o investigado para obstacular as investigações.

²⁴⁶ No caso brasileiro, há (ainda) o controle do sistema do art. 28 do CPP, no qual o juiz fiscaliza o princípio da obrigatoriedade da ação penal e, discordando do membro do Ministério Público, encaminha os autos ao procurador-geral, o que irá decidir de forma definitiva sobre o destino da *opinio delicti*. Esse sistema, todavia, merece uma interpretação conforme à constituição, pois não é função constitucional do juiz, na fase investigativa, fiscalizar a função acusatória e sim decidir sobre a restrição de direitos fundamentais (decretação de prisão preventiva, buscas domiciliares, interceptações telefônicas e outras medidas restritivas de direitos). Esse controle deve ser exercido de forma interna pelo próprio Ministério Público, com o reexame interno obrigatório de todas as promoções de arquivamento, inclusive para assegurar uma unidade mínima em termos de política criminal de atuação. Sobre o tema, ver: D.S.A. Silva, 2005:113; D.C. Ribeiro, 2003:143; E.C. Silva, 2007. Em sentido

5.4.6 Segue: sistemas de intervenção precoce no desvio policial

Ferramenta importante de controle interno do desvio policial, em todas suas modalidades, é o estabelecimento de procedimentos de análise continuada da atividade policial (relatórios de diligências) e das eventuais reclamações de desvios policiais, para se estabelecer em forma de diagnóstico precoce de possíveis padrões de desvio e intervir prontamente para corrigi-los, antes que evoluam para outras formas mais graves de desvio policial²⁴⁷. Segundo Walker, esses *early intervention systems* são uma “ferramenta pró-ativa de administração do trabalho policial útil para identificar uma série de problemas e não apenas um sistema de descobrir policiais problemáticos”²⁴⁸. De acordo com esse sistema, todos os relatórios de uso da força, reclamações contra o policial, os resultados de suas investigações, deveriam ser catalogados e analisados por um sistema de informática, segundo determinadas variáveis objetivas já pré-estabelecidas, para se permitir um diagnóstico antecipado de possíveis situações problemáticas²⁴⁹.

contrário, ainda admitindo a legitimidade da função fiscalizadora do juiz, mas reconhecendo que seu exercício gerará impedimento para prosseguir na ação: Rangel, 2009:191.

²⁴⁷ Indicando a relevância dessa ferramenta gerencial do desvio policial, ver Kappeler *et al.* 1998:233-239; Klockars *et al.*, 2006:201-228; Alpert e Noble, 2009:209 *et seq.*, Reno, 2001:10-13; Collins, 1998:7; Armacost, 2004:505; Prenzler, 2009:113-133. Ver especialmente Walker, 2005:100-134. Relacionando a estruturação de um sistema de relatórios internos com o dever de concretizar direitos humanos previstos em tratados internacionais, ver Lasso, 2001:226. Prevendo na Inglaterra essa obrigação de análise dos relatórios pelos supervisores, para detecção precoce de padrões de desvio, inclusive com a obrigação de realização de estatísticas e o direito de representantes da comunidade analisarem esses arquivos, ver: Inglaterra, PACE 1984, Code A, item 5. Indicando um possível sistema de diagnósticos para casos de corrupção policial: J.R.D.S. Carvalho, 2005:151.

²⁴⁸ Walker, 2005:102.

²⁴⁹ Walker, 2005:109, indica que numa ação civil pública (consent decree) ajuizada contra o Departamento de Polícia de Oakland (CA) (Allen vs. City of Oakland, 2003), determinou-se que o Departamento de Polícia de tal cidade criasse um sistema de avaliação continuada da atividade policial e incluísse em tal banco de dados de análise continuada e dinâmica da atuação de um policial específico as seguintes informações: “1) todos os relatórios de uso da força; 2) casos de uso de spray; 3) uso de força canina; 4) todos os casos envolvendo disparos de arma de fogo, tanto a serviço como fora de serviço; 5) todas as situações de perseguições a veículos, acidentes de trânsito ou violações de regras de trânsito; 6) todas as reclamações feitas por cidadãos, tanto à Corregedoria quanto ao órgão de controle externo; 7) todas as ações civis de indenização ajuizadas contra o policial em razão de atividades realizadas no exercício da função, ao fundamento de violação de normas procedimentais; 8) [...]; 9) todos os casos de mortes ou lesões ocorridas com pessoas presas envolvendo o policial; 10) o resultado das investigações quanto às reclamações contra o policial ou das situações de uso da força pelo policial; 11) elogios e condecorações; 12) as prisões ou acusações criminais contra policiais; 13) os casos de resistência à ação de outro policial, ou agressões contra outro policial; 14) histórico de lotações de cada policial; 15) histórico de treinamentos; 16) histórico de lesões sofridas a serviço; 17) histórico de faltas decorrentes de atestados médicos; 18) observações do supervisor sobre os relatórios de uso da força do policial; 19) investigações criminais que não subsistiram em juízo em razão de dúvidas quanto à legalidade da atuação policial (buscas sem mandado, prisões ilegais *etc.*); 20) outras observações dos supervisores”.

As aplicações de um sistema desse tipo são variadas. Por exemplo, o diagnóstico de que um policial possui um elevado número de incidentes de uso da força pode indicar que ele não está sendo apto a administrar as situações de abordagem de forma a evitar que a situação evolua para uma possível situação de necessidade de uso da força, indicando a necessidade de reforçar o treinamento quanto às técnicas de abordagem. Se um determinado policial possui um número anormal de disparos de arma de fogo em comparação com outros policiais da mesma unidade, isso pode significar a necessidade de um treinamento específico sobre a necessidade do emprego da arma de fogo. Um número extremamente elevado de reclamações por arbitrariedades em relação a um policial pode indicar que o policial está passando por um problema pessoal específico e justificar a necessidade de uma intervenção específica, como um tratamento para uso de álcool, um acompanhamento psicológico, novos treinamentos e assim por diante. Caso as investigações de um policial específico ensejem reiteradamente absolvições em juízo em razão de dúvidas quanto à legalidade das diligências realizadas (buscas sem mandado, prisões fora da situação de flagrante delito), isso pode indicar a necessidade de um reforço na fidelidade à legalidade desse policial, ainda que fora de um quadro punitivo. A exposição de um policial a um episódio especialmente estressante, ainda que sem ilegalidades, deve ensejar o imediato encaminhamento desse policial a um acompanhamento psicológico, como estratégia profilática para minorar o risco de episódios mais violentos no exercício de sua atividade²⁵⁰. O resultado de um diagnóstico precoce seria a advertência (informativa, não punitiva) sobre a situação aparentemente desviante, a intensificação de treinamento sobre o policial e o eventual incremento da supervisão sobre esse policial num período de tempo subsequente.

Noble e Alpert chamam essa intervenção de “disciplina positiva”, destinada a reforçar a adesão do policial ao padrão normativo²⁵¹. Obviamente, a administração das informações é extremamente complexa, pois é perfeitamente natural que os policiais que atuam numa área de elevados índices de criminalidade se envolvam em uma maior quantidade de incidentes de uso da força e até recebam mais reclamações por alegado desvio policial, em relação a outros policiais de outras áreas menos desestruturadas; todavia, dentro da mesma área, é

²⁵⁰ Sobre a necessidade de intervenção psicológica em eventos pós-traumáticos na atividade policial, ver Miller, 2006.

²⁵¹ Noble e Alpert, 2009:210.

possível identificar um policial que possua um nível extremamente elevado de incidentes de uso da força e de reclamações em relação a seus colegas locais, o que seria indicativo de possível situação de desvio individual a justificar um acompanhamento mais próximo desse policial²⁵². O fato de saber que sua atuação está sendo possivelmente monitorada reforçaria a necessidade de um policial aderir ao modelo legal de atuação.

Esse sistema de intervenções precoces seria uma ferramenta importante para incrementar a qualidade do controle interno pelos superiores e exigiria, inclusive, uma avaliação de como as supervisões estão sendo eficientes em monitorar seus subordinados. Esses sistemas de acompanhamento dinâmico da atuação policial são apontados como a principal ferramenta para se alterar a subcultura policial de um Departamento de Polícia, encaminhando a mensagem de que os eventuais desvios não são tolerados na instituição policial²⁵³.

Apesar de ser um sistema de controle tipicamente interno, há interesse do Ministério Público em fomentar o implemento dessas técnicas de controle interno que maximizam a adesão da atividade policial ao paradigma normativo.

5.5 Investigações de desvios policiais pelo Ministério Público

Como visto anteriormente, uma das principais fontes de *inputs* para o exercício da auditoria da atuação policial é o processo de esclarecimento das reclamações contra o desvio policial. O Ministério Público tem uma área ampla de atuação no âmbito das infrações penais

²⁵² Há uma infinidade de possíveis utilizações desse sistema: verificar que um policial aborda proporcionalmente mais pessoas integrantes de uma minoria étnica, indicando possível atuação discriminatória; que aborda mais mulheres que homens, indicando possível situação de assédio sexual; ou que não quase ninguém em comparação com seus pares, indicando possível omissão em sua atividade de policiamento. As variáveis eleitas para comparação decorrerão das possíveis situações desviantes eleitas como possíveis categorias de risco à luz da realidade local.

²⁵³ Walker, 2005:120, indicando que tais sistemas são também uma forma de *problem-oriented policing*, todavia direcionados à *policing* da própria atividade policial, ou seja, ao invés de focar-se na punição do desvio, foca-se na solução de possíveis problemas, independentemente da existência ou não de prova cabal de um desvio policial. Tal perspectiva tem quatro fases: identificação das variáveis, análise das variáveis para identificação de situações potencialmente problemáticas, intervenção à situação, análise da eficiência da intervenção. Apesar do alto potencial de efetividade desse sistema, ele não é imune a possíveis defeitos de implementação; afirma Walker, 2005:134: “Apesar de seu grande potencial, a experiência atual claramente demonstra que os sistemas de intervenção precoce são mecanismos extremamente complexos e exigem um enorme investimento tanto de recursos financeiros e humanos para funcionarem efetivamente. Nesse momento incipiente da história desses sistemas de controle, há exemplos de departamentos que falharam em implementar um sistema de intervenção precoce, implementaram de forma inadequada ou falharam em manter um sistema bem estabelecido”. Também

praticadas por policiais, ou no esclarecimento dos atos de improbidade administrativa. Especialmente o risco de corporativismo do controle interno justifica que exista um órgão de controle externo, com poderes de investigação independente, conforme diversas diretivas de tratados internacionais, antes já indicadas.

Já analisamos anteriormente a possibilidade genérica da investigação direta pelo Ministério Público²⁵⁴. Especificamente sobre esse tema, cumpre analisar o disposto no art. 2º, § 7º, da Lei n. 12.850/2013, que trata do crime organizado:

§ 7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

Uma análise rápida do dispositivo poderia dar a falsa impressão de que a investigação de crimes praticados por policiais apenas poderia ser conduzida pela Corregedoria de Polícia, ou seja, não caberia a investigação direta pelo Ministério Público. Todavia, como já visto, a possibilidade de o Ministério Público esclarecer desvios praticados por policiais deriva diretamente do texto constitucional, conforme diversos precedentes do STF, e possui regulamentação na LC n. 75/1993, especialmente em seu art. 8º. Essas normas devem ser interpretadas em consonância com os diversos tratados internacionais sobre o controle externo da atividade policial, que recomendam fortemente que haja uma investigação conduzida por órgão independente da estrutura policial, de forma a assegurar uma efetiva *accountability* do possível desvio policial²⁵⁵.

Apesar de todo esforço e seriedade de inúmeras Corregedorias de Polícia, atualmente os corregedores não possuem independência na função, ao contrário, são demissíveis *ad nutum* pelo chefe de Polícia ou pelo secretário de segurança pública, o que significa que, se sua atuação começar a incomodar a cúpula de poder, poderão ser sumariamente retirados do cargo (como já tivemos oportunidade de testemunhar no DF). De qualquer forma, há sempre uma forte resistência de investigar desvios praticados por outros delegados de polícia, diante de um

recomendando ações de diagnóstico de falhas, encaminhamento para intervenções de treinamento ou alteração da regulamentação da atividade policial, ver Reno, 2001:5.

²⁵⁴ Ver supra, seção 3.5.

²⁵⁵ Ver supra, subseção 5.2.1.

forte sentimento de fraternidade profissional. Esse cenário é reforçado pelo relatório do inspetor internacional da ONU, Alston, ao Brasil²⁵⁶:

Este Inspetor Especial verificou que as investigações conduzidas por policiais, relativas a mortes praticadas por policiais, são sempre inadequadas. [...] As Corregedorias de Polícia não são independentes e usualmente não são capazes de investigar de forma eficiente os homicídios praticados por policiais. Nesse tema, o Inspetor Especial saúda o plano governamental, descrito na informação recebida pelo Governo Federal, para se formular propostas de melhorar as condições de trabalho das Corregedorias, incluindo torná-las “mais profissionais, autônomas, e independentes” e para se criar uma carreira separada de policiais de corregedoria.

Este Inspetor Especial verificou que o Ministério Público é uma instituição largamente respeitada e que, onde existe progresso contra a impunidade de policiais, os Promotores de Justiça tiveram um papel central. [...] Este Inspetor Especial recomendou que a Polícia Civil consulte-se com os Promotores desde o início de uma investigação de um homicídio praticado por policial, e que os Promotores conduzam investigações independentes quando um policial estiver envolvido em um homicídio, bem como que a prerrogativa dos Promotores de conduzirem sua própria investigação seja clarificada e afirmada. [...] Este Inspetor Especial saúda a informação prestada pelo Governo de que “atualmente a maioria das decisões judiciais favorece as investigações conduzidas pelos Promotores”.

Um dos corolários do exercício da atividade de controle externo da atividade policial é a possibilidade de o órgão controlador investigar os eventuais desvios do órgão controlado. Não há controle sem possibilidade de esclarecimento das situações desviantes. A possibilidade de haver uma investigação independente do desvio policial é um pré-requisito essencial para que o processo global de controle da atividade policial seja socialmente percebido como legítimo, o que, aliás, fomenta a pré-disposição do público em efetivamente denunciar o desvio policial.

Interessante observar que quando se realiza pesquisa com a expressão “controle externo da atividade policial” no site de jurisprudência do STJ, a grande maioria dos casos julgados está relacionada à possibilidade de o Ministério Público realizar investigações de crimes praticados por policiais, bem como de realizar investigações independentes no caso de suspeita de possível omissão da autoridade policial, o que indica que o exercício do controle externo está

²⁵⁶ Alston, 2010: itens 46-48.

intimamente relacionado com essa atividade de fiscalização através da investigação do desvio policial²⁵⁷.

Portanto, uma interpretação que propusesse que o Ministério Público está proibido de conduzir investigações diretas quando policiais estiverem envolvidos em organizações criminosas seria inconstitucional, por violar regras constantes de tratados internacionais, que informam a teleologia do art. 129, VII, da CRFB/1988 e do art. 8º da LC n. 75/1993. A única interpretação do referido dispositivo compatível com a Constituição Federal é a que indica que, quando a própria Polícia for investigar um desvio praticado por um policial, essa investigação deverá ocorrer na forma ali indicada, ou seja, há que se realizar uma interpretação conforme à Constituição para não se excluir a possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações autônomas do desvio policial.

As novas regras para a investigação policial do desvio policial no âmbito da criminalidade organizada são as seguintes: (i) não é possível que uma delegacia ordinária investigue o envolvimento de policiais no crime organizado, tal investigação policial deverá ser necessariamente conduzida pela Corregedoria de Polícia, de forma a se minimizar o risco de corporativismo, através de uma diferenciação interna; (ii) não cabe a mera instauração pela Corregedoria de procedimentos administrativos para esclarecer as notícias de envolvimento de policiais no crime organizado, sendo obrigatória a instauração de IP, ou seja, há um mandado legal de instauração imediata de inquérito policial; (iii) nesses casos o Ministério Público deverá ser imediatamente comunicado da instauração do IP envolvendo policiais no crime organizado e poderá acompanhar de forma mais próxima a condução da investigação, numa verdadeira “força tarefa” *ope legis*, desde o início das investigações decorrente de um mandado legal de otimização dessas investigações.

²⁵⁷ Ver uma síntese dessa perspectiva: “[...] 2. Em se tratando, porém, de procedimento com o fito de apurar fatos reputados delituosos, cuja autoria é atribuída a integrante da organização policial, cuja atividade é controlada externamente pelo Ministério Público, *in thesi*, não existe nenhuma antinomia nesta atuação, cifrada na promoção da investigação pela Promotoria de Justiça. 3. O objeto do controle externo da atividade policial é exercido, segundo prestigiosa corrente, entre outras áreas, sobre a apuração de crimes em que são envolvidos os próprios policiais”, STJ, 6ª T., RHC 10.947/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, 19 fev. 2002, DJ 12 ago. 2003, p. 260. Endossando essa ligação, conferir outros precedentes do STJ: HC 96347/SP, HC 83858/SP, HC 37316/SP, HC 50095/MG, HC 84266/RJ, AgRg no REsp 887240/MG, REsp 761938/SP, HC 37641/MG, HC 37392/MG, RHC 16267/DF, RHC 13.823/RS, REsp 494320/RJ, HC 12704/DF, RHC 11600/RS, RHC 10111/DF, RHC 10225/DF.

Também entendemos que todas essas novas diretrizes podem ensejar eventual responsabilização no caso de omissão: (i) se um delegado de polícia retardar o encaminhamento à Corregedoria de Polícia de uma notícia de fato envolvendo a participação de policial em organização criminosa; (ii) se o responsável pela Corregedoria deixar de instaurar imediatamente IP quando receber a notícia de fato, ou deixar de comunicar ao Ministério Público imediatamente após a instauração do IP; (iii) se o Ministério Público receber a comunicação da instauração do IP e deixar de tomar as medidas necessárias para assegurar uma adequada participação no esclarecimento do desvio policial desde seu início. Se a lei prevê diretrizes claras de atuação e não há a respectiva atuação legal, ela apenas se justifica por um sentimento pessoal de não querer atuar de acordo com a lei, o que significa a possibilidade de responsabilização pelo crime de prevaricação²⁵⁸.

É certo que essas novas garantias de integração entre a Corregedoria de Polícia e o Ministério Público possuem a virtualidade de elevar o esclarecimento do desvio policial a um novo patamar de eficiência, desde que os sujeitos intervenientes efetivamente se engajem. Mas, ainda assim, se o Ministério Público considerar em um caso concreto que a investigação conduzida pela Corregedoria não será suficiente para o esclarecimento do desvio policial, por razões diversas (risco de corporativismo, risco de influência política na atuação correcional, falta de estrutura notória do órgão correcional), nada impedirá que ele mesmo instaure e conduza uma investigação autônoma, conforme as diretrizes de tratados internacionais. É claro que quanto mais as Corregedorias de Polícia forem eficientes em investigarem os desvios praticados por policiais, menos será necessária uma investigação direta pelo Ministério Público. Mas o juízo dessa necessidade não pertence à Polícia, e sim ao Ministério Público, pois não cabe ao órgão controlado ditar os limites do órgão controlador. E mesmo os países mais avançados em termos de interiorização de valores democráticos por suas forças policiais não dispensam uma investigação independente pelo órgão de controle externo da atividade policial.

Vejamos as peculiaridades do funcionamento dessa atividade de investigação criminal direta pelo Ministério Público do desvio policial.

²⁵⁸ Em sentido semelhante, sobre a possibilidade de responsabilização por prevaricação no caso de omissões praticadas por policiais, ver: STJ, 5ª T., RHC 3.457/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, j. 18 abr. 1994, DJ 2 maio 1994, p. 10015; STJ, RHC 1.695/MG, rel. Min. José Dantas, 5ª T., j. 24 jun. 1992, DJ 17 ago. 1992, p. 12506.

5.5.1 Dever de receber representações quanto a desvios policiais

A efetividade da atividade de controle externo depende em grande medida da abertura de canais de comunicação do órgão controlador com a população, para recepção de denúncias de ilegalidades ou abuso de poder. Essa atividade de estabelecer um canal aberto ao público para receber reclamações contra o desvio policial e esclarecê-las é uma concretização da fiscalização popular sobre a atividade policial²⁵⁹. A atribuição do Ministério Público para receber reclamações contra os serviços públicos em geral está prevista no art. 27, parágrafo único, I, da Lei n. 8.625/1993 (LONMP). Especificamente quanto à atividade de controle externo da atividade policial, o dever de receber representações está regulamentado no art. 5º, VI, da Res. n. 20/2007 – CNMP. Para que seja efetiva, a recepção das representações deve ser organizada num serviço profissional do Ministério Público de atendimento ao público, documentação das representações e posterior encaminhamento ao órgão ministerial com atribuições²⁶⁰.

Essa atividade de abertura democrática do órgão de controle externo da atividade policial possui íntima ligação com a atividade de empoderamento (*empowerment*) das classes mais vulneráveis à vitimização por violência policial, para uma tomada de consciência de seus deveres e direitos no relacionamento com as autoridades policiais, e a tomada de posse dos instrumentos legalmente previstos para opor-se à arbitrariedade²⁶¹. A reclamação seguida de uma resposta também é um importante instrumento de transparência da atividade policial, mesmo quando eventualmente o policial agiu dentro da legalidade, para se dissipar representações equivocadas da atividade policial²⁶². Segundo Skolnick e Fyfe, a possibilidade de cidadãos formularem suas reclamações diretamente ao órgão de controle externo “gerará reclamações

²⁵⁹ Indicando que a fiscalização popular é provavelmente o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: Di Pietro, 2001:586. Especificamente sobre a atividade de atendimento ao público pelo Ministério Público, como uma função típica de sua missão constitucional de fiscal da ordem jurídica: Mazzili, 1991:233-302.

²⁶⁰ CNPG, 2012:31 (e Anexo 1C).

²⁶¹ Sobre tema, afirma Habermas, 1997:185, que quando há uma grande diferença social com uma ruptura entre o nível de conhecimento e consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõe-se medidas que possam capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado (trata-se de “condições de mobilização do direto”). Portanto, a capacitação dos grupos vulneráveis para ter acesso aos órgãos de impugnação do desvio policial é um elemento essencial à legitimidade do processo de controle do desvio policial.

²⁶² Cox, 1996:215.

legítimas, feitas por cidadãos apreensivos, que em outras situações ficariam relutantes em reclamar para uma autoridade policial da Corregedoria de Polícia”²⁶³.

Um dos principais desafios ao esclarecimento de desvio policial é que esse é um fenômeno altamente sub-notificado às autoridades de controle da atividade policial. Algumas pessoas estão envolvidas em atividade criminosas e, portanto, denunciar um abuso policial pode significar expor-se à sua própria responsabilização. No caso de imigrantes irregulares, denunciar um possível abuso pode significar expor-se ao risco de ser descoberto, detido e deportado em razão de seu *status*²⁶⁴. Se a vítima do abuso de autoridade está envolvida em atividades criminosas, a denúncia significa o risco de ser responsabilizado. Muitas pessoas têm o receio de uma eventual retaliação policial; outros chegam a efetivamente sofrer essa retaliação e se recusam a ir adiante. Pessoas podem não delatar um desvio policial por ausência de plena consciência de seus direitos. Finalmente, muitas pessoas simplesmente não querem ter mais contato com a Polícia ou não querem ter o trabalho de se envolver num conflito desse tipo²⁶⁵.

Além da estruturação do serviço próprio de recepção de reclamações da atuação policial, também é dever do Ministério Público fiscalizar a eficiência do serviço de reclamações do controle interno da atividade policial (Corregedoria de Polícia). Não basta haver um órgão independente de investigação da Polícia para que haja um mecanismo eficiente de controle da atividade policial; é essencial que o reclamante tenha uma representação de efetividade de tal sistema de controle para que ele seja motivado a superar o natural receio de envolver-se em uma reclamação contra a Polícia e venha efetivamente a denunciar os eventuais desvios policiais. É responsabilidade do Ministério Público, enquanto órgão de controle externo da atividade policial, fomentar o incremento de denúncias de possíveis desvios policiais, de forma a possibilitar a correção de padrões desviantes de atuação policial. Tais fatores motivacionais para o denunciante estão ligados à gravidade do desvio policial, a autoconfiança da vítima, a confiança no sistema de controle da Polícia e a disponibilidade de apoio e assistência ao denunciante para os problemas decorrentes da denúncia²⁶⁶. Outros fatores destacados são a simplificação do procedimento de investigação dos desvios policiais e sua focalização na efetiva solução do problema subjacente à

²⁶³ Skolnick e Fyfe, 1993:228.

²⁶⁴ Sobre o risco de vitimização de imigrantes irregulares, em razão de sua impossibilidade de delatar os crimes dos quais são vítimas, ver nosso trabalho: Ávila, 2010.

²⁶⁵ Walker, 2001:124;

reclamação na primeira oportunidade possível²⁶⁷ e a efetiva representação social de independência do órgão condutor das investigações²⁶⁸.

Como ferramenta para se facilitar a participação da vítima, deve-se dar capilaridade à possibilidade de o cidadão formular sua comunicação, seja na própria Delegacia de Polícia (para as reclamações endereçadas à própria Corregedoria de Polícia), seja nas repartições locais do Ministério Público, ou ainda por telefone, através de e-mail ou do site da Corregedoria ou do Ministério Público, ou mediante outras parcerias com outras instituições públicas locais, que receberiam formulários de reclamações impressos para serem preenchidos e após os encaminhariam ao órgão de controle. Não se deve perder de vista que reclamar da Polícia na própria Delegacia de Polícia pode eventualmente ser constrangedor ao cidadão, todavia, deslocar-se às áreas centrais onde normalmente se localizam as Corregedorias também é uma perda de tempo que pode dissuadir uma denúncia efetiva, de forma que outros canais eficientes para a recepção das denúncias de desvio policiais são essenciais para fomentá-las²⁶⁹.

Petições já escritas não devem ser rejeitadas pelo simples motivo de não se adequarem aos padrões tradicionais do órgão que recebe a reclamação. Se necessário, as informações devem ser transportadas pelo funcionário para o formulário oficial, e outras informações adicionais podem ser solicitadas, sem se impedir a recepção das informações escritas. As informações que, a princípio, devem constar da comunicação são as indicadas no art. 5º, § 1º, do CPP (narração do fato e suas circunstâncias, se possível individualização do investigado e indicação das testemunhas, com nome, profissão e residência). Também é necessário ser amplo quanto à admissibilidade de capacidade da pessoa de formular uma reclamação, admitindo-se a princípio reclamações de adolescentes, pessoas com indícios de embriaguez leve (que não comprometa sua capacidade de compreensão), presos, terceiros que

²⁶⁶ G. Smith, 2009.

²⁶⁷ IPCC, 2011a:5. Segundo IPCC, 2011b:24, o fator mais significativo em desfavor das denúncias de crimes praticados por policiais é o desconhecimento da forma de se realizar uma reclamação contra o policial.

²⁶⁸ Walker, 2001:66.

²⁶⁹ Walker, 2001:90. Noble e Alpert, 2009:17, acrescentam que nos EUA é relativamente comum pessoas ajuizarem ações de indenização contra o Estado por desvio policial, sem nem mesmo formular reclamações perante a Corregedoria de Polícia e, nessas situações, eles argumentam que até mesmo a notícia da ação de indenização já deve justificar uma ação de investigação interna para esclarecer tais fatos. Este pesquisador já presenciou caso em que uma pessoa dirigiu-se à DP para formular uma reclamação contra o policial por suposto uso excessivo da força, numa situação de efetiva dúvida quanto à legalidade policial, e ele foi preso em flagrante por suposta “falsa comunicação de crime”, o que é claramente uma intimidação à liberdade de formular reclamações contra a atuação policial.

não a vítima, advogados, dirigentes de ONG's, e eventualmente até denúncias anônimas²⁷⁰. Por outro lado, em muitas situações, o reclamante deseja apenas obter informações sobre a legalidade da atuação policial ou extravasar sua chateação com um incidente, e a simples existência de um órgão público para ouvir o cidadão e dar-lhe uma resposta formal já é um fator relevante de incremento da *accountability* policial (daí porque tais reclamações não devem ser sumariamente descartadas, mas devem ser registradas e providenciar-se uma resposta formal)²⁷¹.

Um dos aspectos centrais do processo de investigação do desvio policial consiste no dever de informar o denunciante da responsabilidade pelo crime de denunciação caluniosa (CP, art. 339) e de informar as testemunhas quanto ao crime de falso testemunho (CP, art. 342)²⁷². Não se pode desconsiderar que uma representação contra um policial pode ter um efeito altamente danoso para a sua vida profissional. Todavia, um problema central é que, diante das incertezas inerentes à dinâmica usual do desvio policial, é extremamente frequente que se chegue a um impasse no qual não se saiba inteiramente qual das versões (a do policial ou a do cidadão abordado) será a verdadeira e, portanto, não se poderá exercer qualquer punição nem do desvio policial nem pela eventual denunciação caluniosa. Ademais, nesse âmbito, o interesse processual de gerar possíveis dúvidas quanto à legalidade da atuação policial, como tese de defesa, ante possíveis impugnações de ilicitude da prova colhida, também recomenda que não se estreite demais a porta para as alegações contra policiais no âmbito processual, pois uma postura excessivamente rígida na punição de alegações de desvio policial poderia ter o efeito colateral e nocivo de ser uma restrição à comunicação desse desvio e à própria ampla defesa (no caso de desvios policiais relacionados a outra investigação criminal). O limite entre uma impugnação concretamente aceitável e o abuso de direito é tênue, mas podemos concluir que a criação artificial de supostas situações de desvio policial pelo reclamante, sem nenhum amparo em indícios concretos e indubitavelmente mendaz deve ensejar a responsabilização pela denunciação caluniosa. Fora dessa situação de ausência de dúvidas, na usual zona cinzenta de dúvidas, não

²⁷⁰ Noble e Alpert, 2009:19-22. Segundo Walker, 2005:78, a questão das denúncias anônimas está relacionada à perspectiva do processo de investigação do desvio policial: se ele não é visto apenas como um processo de atribuição de responsabilidades, mas também como um processo de gerenciamento de possíveis áreas de risco, então a recepção de denúncias anônimas é relevante para indicar possíveis padrões desviantes de atuação e ensejar sua correção. Sobre a denúncia anônima no Brasil, ver comentários na subseção 3.3.3.

²⁷¹ Relatando que a sensação de justiça pelo cidadão é mais elevada quando sua reclamação é investigada por um órgão independente e que, portanto, esse reforço da credibilidade já é um ganho substancial para a legitimidade da atuação policial: Finn, 2001:x.

²⁷² Walker, 2001:71.

deve haver responsabilização pela denúncia caluniosa. De qualquer forma, esse dever de informação sobre a responsabilidade decorrente da comunicação de um crime contra um policial não pode constituir uma fase de dissuasão contra a comunicação, mas uma explicação objetiva da realidade jurídica²⁷³.

Quanto à delação do desvio policial por outros policiais, num primeiro nível o policial possui a obrigação de relatar as desvios que presenciar para seus superiores; todavia, caso se verifique um fundado receio de que o desvio não será adequadamente tratado no âmbito interno, deve-se abrir ao policial a possibilidade de contatar diretamente o órgão de controle externo para relatar o desvio policial sem receber atos de retaliação dentro de sua instituição. Essa possibilidade de acesso direto ao órgão de controle externo está implícita no art. 8º do Código de Conduta da ONU para os responsáveis pela aplicação das leis²⁷⁴, também (a título comparado) no art. A.6 da Declaração sobre a Polícia do Conselho da Europa²⁷⁵ e mais especificamente no art. 126-A da Lei n. 8.112/1990 (introduzido pela Lei n. 12.527/2011)²⁷⁶. Tais normas indicam um princípio mais geral de não retaliação ao policial que buscar diretamente os órgãos de controle externo da atividade policial para fazer cessar os eventuais atos de desvio policial que ele entenda estarem ocorrendo (ainda que eventualmente se esclareça que se tratou

²⁷³ Algo do tipo: “Sr. Comunicante, nós o incentivamos a efetuar o registro da comunicação de um eventual crime praticado por um policial e iremos investigar cabalmente essa notícia de desvio; todavia também informamos que caso seja comprovado que a comunicação é claramente falsa, haverá sua responsabilização pelo crime de denúncia caluniosa”.

²⁷⁴ Conferir: “os responsáveis pela aplicação das leis que tenham razões para pensar que uma violação do presente código se produziu ou está em vias de produzir, referem o caso aos seus superiores e, se já for necessário, a outras autoridades ou instâncias de controle ou de recursos competentes”. Segundo G.M. Silva, 2001:124, tal disposição impõe uma vedação de sanções administrativas ao agente público que referir situações de violação legal e abrange, em determinadas situações, o direito do agente público de utilizar-se dos veículos de mídia para delatar à opinião pública violações de direitos. Ainda sobre a vedação de sanções ao policial que se recusar a praticar ordens ilegais de uso de força letal ou que denunciem práticas abusivas de uso da força letal por outros policiais, estabelece especificamente o art. 25 dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei da ONU: “Os Governos e organismos responsáveis pela aplicação da lei devem garantir que nenhuma sanção penal ou disciplinar seja tomada contra funcionários responsáveis pela aplicação da lei que, de acordo como o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei e com os presentes Princípios Básicos, recusem cumprir uma ordem de utilização da força ou armas de fogo ou denunciem essa utilização por outros funcionários”.

²⁷⁵ Anexo à Resolução n. 690 da Assembleia do Conselho da Europa, segundo a qual o policial deve opor-se às violações da lei, deve tentar agir imediatamente para evitar danos graves e imediatos e, se a comunicação aos superiores não for suficiente para impedir as consequências dessa violação, “deve poder recorrer a uma autoridade superior”. Ver ainda G.M. Silva, 2001:125.

²⁷⁶ Conferir: “Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública”.

de um mal-entendido), inclusive com garantias contra sanções informais ao delator. Em verdade, deve haver um incentivo institucional para que os policiais denunciem as situações de desvio e uma proteção contra eventuais retaliações institucionais.

Além da recepção das reclamações dos cidadãos, deve-se criar uma rotina obrigatória de comunicação imediata ao Ministério Público pela Polícia dos casos graves de possíveis desvios praticados por policiais, como, v.g., mortes em presídios ou dentro de dependências policiais²⁷⁷.

5.5.2 Dever de estruturar um serviço de investigação próprio

Considerando que o Ministério Público possui o poder de exercer o controle externo da atividade policial e de investigar diretamente os desvios policiais quando a investigação interna não se mostrar suficiente ao esclarecimento dos fatos, então o Ministério Público deve estruturar-se numa burocracia profissional que tenha efetivamente condições de investigar de forma apropriada tais desvios, preferencialmente através de um órgão especializado. Para tanto, deve haver agentes de investigação à disposição do Ministério Público para conduzir as investigações necessárias ao esclarecimento do desvio policial, com treinamento específico sobre a atuação policial, com pessoal apto à entrega de notificações de testemunhas e realização de diligências externas (como localização de testemunhas ou vistorias de locais) e um suporte administrativo minimamente necessário para organizar o funcionamento de suas atividades de forma a assegurar que a investigação direta do Ministério Público seja eficiente²⁷⁸.

Nessa atividade de investigação independente, nem sempre todos os desvios policiais merecerão ser objeto de uma investigação direta. O Ministério Público deve ter condições de identificar os casos mais graves que efetivamente merecem uma investigação direta pelo órgão (ou que virtualmente receberão uma atenção diminuta dos órgãos de controle interno), os casos de gravidade intermediária que merecem que o fato seja investigado pela Corregedoria com posterior análise da investigação pelo Ministério Público, ou os casos de mínima

²⁷⁷ Lyra *et al.*, 2004:73.

²⁷⁸ Indicando a relevância da estruturação de um staff de investigadores para o exercício da função de controle externo da atividade policial: Finn, 83-90; Walker, 2001:77. No Brasil, ver Guimarães, 2008:90. Recomendando a edição de “manual de rotinas” para o exercício do controle externo, como forma de otimizar essa

repercussão, que não possuem configuração criminal, mas meramente administrativa, e que assim merecem apenas uma comunicação à Corregedoria para que trate do tema na esfera administrativa disciplinar, portanto sem fiscalização continuada pelo Ministério Público²⁷⁹. Quanto mais o órgão de controle interno for eficiente em conduzir suas investigações, menor será a necessidade de o órgão de controle externo ter que realizar essa atividade²⁸⁰. Nesse sentido, o art. 4º, § 1º, da Resolução n. 20/2007 do CNMP, estabelece que o órgão do Ministério Público responsável pelo controle externo da atividade policial poderá instaurar um procedimento de investigação de ilícito ocorrido no âmbito da atividade policial, sempre que considerar que há “fundada necessidade e conveniência”, ou seja, deve haver uma justificação específica para ser preferível a investigação direta pelo Ministério Público que apenas a investigação feita pela Corregedoria de Polícia. Ainda assim, quem avalia a presença dessa necessidade e conveniência é o membro do Ministério Público, não a Polícia.

Não é necessário que o órgão de controle interno venha exaurir uma atividade de investigação preliminar para que, após essa atividade, venha o órgão de controle externo realizar a sua investigação. Nesse sentido, há um paralelo com a decisão do STF de permitir ao CNJ o poder de investigação contra magistrados mesmo que não tenha ainda ocorrido uma investigação pela Corregedoria de Justiça local²⁸¹. A atribuição não é sucessiva ou supletiva, mas há uma autonomia originária e concorrente do órgão de controle externo com os órgãos de controle interno para se apurar os desvios policiais.

Há uma obrigação legal dos órgãos policiais colaborarem com o Ministério Público na condução das suas investigações, especialmente com o encaminhamento de

profissionalização, ver o Enunciado D4 do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012.

²⁷⁹ Indicando critérios semelhantes no sistema inglês, v. Cuadrado Salinas, 2010:230.

²⁸⁰ A doutrina indica que a agência de controle externo deve fazer um escalonamento das prioridades de casos que serão investigados diretamente ou os que serão investigados pelo controle interno com mero acompanhamento: Noble e Alpert, 2009:33-40. A experiência demonstra que os órgãos de controle interno tem maior propensão para investigar de forma rigorosa os desvios que, na cultura policial, são representados como graves, como, v.g., envolvimento em atividades criminosas graves, ou atos de corrupção e extorsão, especialmente quando eles são praticados por integrantes da baixa hierarquia organizacional. Por outro lado, quando se trata de investigações envolvendo integrantes do alto nível organizacional (oficiais da PM, delegados de polícia), há uma maior tendência de leniência (já que a investigação é conduzida por um par). Por exemplo, nos EUA, o *consent decree* do caso *EUA vs. LAPD* (2001) determinou a investigação prioritária dos casos de: uso abusivo da força, discriminação, buscas ilegais, apreensões forjadas, prisões forjadas, desonestidade (corrupção em geral), violência doméstica, comportamento indevido relacionado com drogas, delitos sexuais, furtos em serviço, atos de retaliação contra civis ou outros policiais.

documentos relacionados com o exercício da atividade policial (v.g., relatórios internos de diligências, escala de plantão, histórico de incidentes funcionais envolvendo o policial, fotografia dos policiais suspeitos do crime para realização de reconhecimento)²⁸². Podemos dizer que há um princípio constitucional de colaboração recíproca, extraível do art. 74, IV, da CRFB/1988, segundo o qual todos os poderes deverão contar com órgãos de controle interno, que terão a obrigação de colaborar com o órgão de controle externo. Ainda que o dispositivo esteja especificamente inserido no âmbito da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, portanto, ligado à atividade de controle externo exercida pelo Tribunal de Contas da União e pelo Poder Legislativo, o princípio constitucional é o mesmo e pode ser transportado para o âmbito do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Se o Ministério Público deve exercer o controle externo da atividade policial, então os órgãos de controle interno da atividade policial (Corregedorias) possuem um dever de colaboração com o Ministério Público no exercício de suas atividades.

Para que a investigação seja eficiente, é essencial que o investigador tenha conhecimento de como funcionam os meandros internos da atividade policial, as regras de conduta que os policiais deveriam ter obedecido numa diligência, os diversos registros internos que existem e estão acessíveis à investigação, as desculpas mais usuais para um desvio e como verificar a veracidade ou falsidade de uma afirmação. Alguns padrões de atuação desviante apenas são compreendidos com o passar do tempo. Portanto, tal capacitação para a atividade exige tempo e dedicação. Assim, seria recomendável que as pessoas envolvidas na atividade de

²⁸¹ STF, Pleno, ADI 4638/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 8 fev. 2012.

²⁸² Segundo Walker, 2005:83, é relativamente comum haver atritos e não colaboração entre o Departamento de Polícia e o órgão de controle externo da atividade policial, todavia tais conflitos acabam por colocar em cheque todo o processo de *accountability* na atividade policial. Sobre a relevância da colaboração das instituições policiais com o processo de *accountability*, com o acesso direto aos dados da instituição policial, ver Bobb, 2008:34. Wechter, 2004:5, chega a referir casos de comportamento hostil contra os investigadores da agência de controle externo da atividade policial. Em algumas situações, a hostilidade dos policiais também é direcionada aos investigadores lotados nas Corregedorias de Polícia (vistos como traidores da lealdade institucional). Sobre atritos entre órgãos de controle interno e externo, ver ainda Finn, 2001:107. Sobre tal problema, certo nível de atrito é inevitável, e em parte até mesmo previsível e saudável, pois significa que há uma interrelação que questiona práticas sedimentadas e fomenta mudanças. Por outro lado, a medida mais viável para minimizar tais conflitos é o diálogo entre as instituições (preferencialmente em reuniões presenciais), para aparar arestas de percepções equivocadas e mesmo partilhar informações e estratégias para atuações com objetivos comuns (Finn, 2001:117).

controle externo tenham efetivamente uma experiência mais alargada com o funcionamento da atividade policial, e dediquem-se durante algum tempo nesse ofício específico²⁸³.

O procedimento de investigação deve ter três características: integridade, legitimidade e capacidade de aprendizado²⁸⁴. A integridade está relacionada à efetividade da investigação, sua profundidade, completude e celeridade. Para que haja integridade, deve-se realizar todos os esforços possíveis para o efetivo esclarecimento do desvio. Por exemplo, ainda que a vítima não tenha comparecido ao IML para realização de laudo médico, se ela recebeu atendimento médico em hospital, a requisição do seu prontuário médico pode ser relevante para suprir a falta do laudo do IML. No caso de diligências policiais realizadas em público, deve haver uma obrigação ao policial (na elaboração de seu relatório de diligência) de recolher testemunhas não-policiais, para reforçarem a credibilidade do policial em sua diligência e, no caso de sua omissão e subsequente investigação de um eventual desvio policial, deve-se realizar todos os esforços possíveis para localizar e entrevistar as eventuais testemunhas, em especial incentivando sua colaboração ante o natural receio de envolver-se na investigação de um crime praticado por policial²⁸⁵. De forma especial, a pessoa que conduz a investigação contra um policial não pode ter laços de amizade ou de relações frequentes com o investigado ou com o reclamante, sob pena de comprometer-se a impessoalidade da investigação; se há um histórico de conflitos entre o reclamante e a autoridade de investigação, seria recomendável que houvesse uma substituição do investigador, para assegurar o aspecto objetivo da atuação policial²⁸⁶. Se há inconsistências entre os depoimentos policiais entre si, ou entre estes e as provas materiais recolhidas, há um dever de

²⁸³ Sobre tais complexidades, ver Wechter, 2004:30. Sobre a relevância de ter ao menos uma pessoa com conhecimento da prática policial e suas dinâmicas organizacionais, integrando o órgão de controle externo da atividade policial, ver Bobb, 2008:30. A prática de lotar Promotores de Justiça recém empossados e sem experiência específica na área policial no núcleo de controle externo deveria ser evitada, caso eles não estejam assistidos de outro membro com mais experiência, sob pena de perderem importantes informações para o esclarecimento de um desvio policial e não perceberem as possíveis estratégias de fraudes processuais usadas para encobrir um eventual desvio. Também seria recomendável a requisição de policiais experientes para integrarem o quadro do núcleo de controle externo do Ministério Público. Os servidores que se especializarem no conhecimento dos meandros da atividade policial deveriam ser incentivados a permanecerem nesse núcleo, para que não haja a dispersão de tais conhecimentos. Em verdade, deveria haver um treinamento específico para as pessoas que integrarão um órgão tão relevante como o de controle externo da atividade policial. De forma mais genérica, sobre a relevância da formação humanista e multidisciplinar dos membros do Ministério Público, ver G.A. Almeida, 2010:42.

²⁸⁴ Walker, 2001:119.

²⁸⁵ Sobre o dever de conduzir investigações profundas e justas em relação ao desvio policial, como fator essencial para a *accountability* policial, ver Walker, 2005:84.

esclarecer tais inconsistências e levá-las em consideração na formação da convicção. O desvio policial é naturalmente complexo de ser investigado, dificilmente o órgão investigador receberá um quadro probatório já pronto, sem inconsistências ou aparências de contradição; portanto, a integridade da investigação está em envidar todos os esforços possíveis para se esclarecer os fatos e estabelecer as responsabilidades. E fazê-lo no prazo mais célere possível, pois, especialmente em relação aos crimes de abuso de autoridade, o prazo prescricional é relativamente curto, e mesmo nos demais crimes mais graves, quanto mais distante se estiver do fato, menor será a probabilidade de sucesso da persecução penal (ante a maior probabilidade de esquecimento das testemunhas, ou sua menor predisposição em correr os riscos inerentes a testemunhar contra policiais)²⁸⁷.

A legitimidade está relacionada à percepção social de que tal investigação autônoma é realmente eficiente para manter a integridade da instituição policial. Está ligada, portanto, à eficiência continuada da atuação do órgão de controle externo e à percepção social dessa eficiência. Finalmente, a capacidade de aprendizado está relacionada à estruturação de mecanismos de atuação que possibilitem retirar as possíveis lições dos desvios (ou possíveis desvios) identificados, corrigindo-se as falhas para que não haja reiteração. Portanto, mesmo uma investigação que não tenha recolhido provas seguras para subsidiar uma acusação pode proporcionar informações relevantes para corrigir possíveis brechas de arbitrariedade no funcionamento concreto da instituição policial, mediante posterior recomendação pelo Ministério Público de alteração de determinados padrões de atuação. Verificado um padrão de desvio, punir apenas o indivíduo como bode expiatório e não alterar o padrão de conduta é extremamente injusto e ineficiente, pois outros policiais poderão vir a ser responsabilizados pelo mesmo desvio (como futuros bodes expiatórios) e a sociedade correrá o risco de que ocorram vários outros casos de desvio (muitos não esclarecidos ante a natural dificuldade de esclarecimento). A verdadeira mudança está no nível organizacional²⁸⁸.

²⁸⁶ Sobre o dever de atuação objetiva das autoridades policiais, ver *supra*, subseção 3.2.6. O ponto aqui é que na investigação do desvio policial deve haver requisitos mais qualificados de objetividade, para assegurar a efetiva transparência no exercício da atividade policial.

²⁸⁷ Sobre a relevância da celeridade na investigação de crimes praticados por policiais, ver recomendação constante do anexo 1B (item 1) do Manual Nacional de Controle Externo da Atividade Policial (CNPJ, 2012).

²⁸⁸ Nesse sentido: Armacost, 2004:493.

Finalmente, o processo de investigação não seria integralmente transparente caso não se assegurasse, ao seu final, a comunicação ao reclamante e ao policial envolvido sobre as providências tomadas pelo órgão de controle e o destino final dado à sua reclamação. Em muitas situações, não será possível esclarecer cabalmente o desvio policial; todavia, a informação de que o órgão de controle tomou todas as medidas possíveis para esclarecer o desvio e não simplesmente ficou-se omissa nas apurações é altamente relevante para fortalecer a confiança do cidadão no processo de manutenção da probidade na atividade policial²⁸⁹. Todavia, essa informação apenas alcançará seu objetivo de assegurar a reafirmação da confiança do cidadão se a investigação for concluída em um prazo razoável.

Ao final desse processo de investigação, poder-se-á chegar às seguintes possíveis conclusões:

(i) Acusação viável: há prova suficiente do desvio criminal;

(ii) Arquivamento por insuficiência de provas: não se pode dizer se houve ou não houve o fato, se o policial concorreu ou não para ele, ou ainda não se pode esclarecer se o policial estava ou não acobertado por uma excludente da ilicitude ou culpabilidade cf. art. 18 e art. 395, III, ambos do CPP c/c art. 386, II, V e VI, do CPP, por analogia;

(iii) Arquivamento por reconhecimento da inexistência do fato ou inexistência de envolvimento de policial: verificou-se que o fato alegado não ocorreu ou não teve o envolvimento de policiais, cf. art. 386, I e IV, do CPP, por analogia;

(iv) Arquivamento por atipicidade: verificou-se que o fato alegado ocorreu, mas foi lícito, cf. art. 386, III, do CPP, por analogia.

(v) Arquivamento por outras razões não-probatórias: prescrição, retratação à representação, *abolitio criminis* posterior, ausência de atribuições – nesse último caso não há arquivamento, mas remessa ao outro órgão com atribuições.

(vi) Arquivamento por insignificância penal, mas não disciplinar: verificou-se que o fato ocorreu, mas que, apesar de não ter a gravidade para configurar um crime, configura

²⁸⁹ Walker, 2001:135. Fletcher, 2001:412.

uma possível infração administrativa, de sorte que o caso é encaminhado à esfera administrativa disciplinar da Corregedoria de Polícia; apesar de tecnicamente se tratar de um arquivamento por atipicidade, em muitas situações essa decisão equivale funcionalmente a uma “desclassificação” de uma possível infração penal para mera infração disciplinar, diante da subsidiariedade do direito penal na situação concreta.

A classificação das razões que justificaram um arquivamento é relevante para se permitir posteriormente a elaboração de estatísticas sobre a atividade de investigação do desvio policial.

Também seria recomendável que o resultado da investigação constasse dos assentos funcionais do policial, especialmente indicando que o arquivamento ocorreu por reconhecimento da ausência de responsabilidade do policial ou por mera insuficiência de provas. É inevitável que um grande número de reclamações sejam arquivadas por insuficiência de provas, em razão da própria dinâmica típica do desvio policial (prática em locais ermos ou fechados, sem testemunhas, o receio de eventuais testemunhas em prestar depoimento, o risco de um ato de violência ser maquiado como uma atuação legítima de uso da força diante de uma resistência *etc.*). A legitimidade da atividade de controle da atividade policial estará não no esclarecimento de todas as comunicações, mas na efetiva realização de todos os esforços possíveis para se esclarecer tal comunicação. Aliás, o fato inevitável de que muitas reclamações são ordinariamente arquivadas pelo órgão de controle externo deve ser um argumento relevante perante os Departamentos de Polícia para indicar que a atuação do controle externo não é direcionada a prejudicar policiais, antes, em muitas situações, consiste numa declaração imparcial de legalidade da atuação policial, arquivando representações infundadas²⁹⁰.

Um dos grandes desafios da condução da atividade de fiscalização sistemática da atividade policial é assegurar a adesão à pauta normativa sem retirar dos policiais envolvidos o estímulo para continuarem sendo eficientes no desempenho da atividade policial. Uma postura excessivamente “agressiva” no exercício do controle externo poderia induzir a uma visão de que este órgão apenas deseja “pegar” o policial, a qualquer custo, ainda quando o policial pratica de boa-fé um pequeno equívoco, quando na verdade a atuação do Ministério Público nessa situação

²⁹⁰ Finn, 2001:107.

deve ser a de fomentar a correção de equívocos e assegurar um efeito profilático da reiteração do pequeno desvio culposo. Ainda nessa situação, a intervenção é benéfica ao próprio policial, já que pode evitar a evolução de seu comportamento para uma situação de efetivo desvio grave²⁹¹. Obviamente, os casos mais sérios de desvio devem ser objeto de punição, mas nessa situação o policial desviante está (ordinariamente) consciente da ilegalidade de sua própria ação.

5.5.3 *Poderes específicos do Ministério Público na condução direta da investigação de crimes praticados por policiais*

O Ministério Público possui o poder de expedir notificações para testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada, bem como expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar, cf. art. 8º, I e VII, da LC n. 75/1993. O poder de notificar um policial para comparecer e prestar os esclarecimentos necessários é essencial para o exercício do controle externo da atividade policial²⁹². Se o policial é apenas uma testemunha, sem responsabilidade no evento apurado, além de seu comparecimento ser obrigatório, há o dever de falar a verdade, sob pena de incidir em crime de falso testemunho. Todavia, se o policial é investigado, ele possui o direito ao silêncio, que também se estende ao direito de não comparecer para prestar interrogatório²⁹³. Se for necessário o reconhecimento pessoal do policial pela vítima ou outra diligência cuja presença do policial seja obrigatória e ele se recusar a comparecer, nessa situação será admissível sua condução coercitiva²⁹⁴.

É claro que o poder de exigir cooperação dos policiais como testemunhas de um desvio praticado por um colega não significa automaticamente que haverá efetiva colaboração, já

²⁹¹ Destacando tais aspectos: Wechter, 2004:9.

²⁹² Indicando que o poder de notificação de policiais é essencial à investigação do desvio policial (mas também indicando a grave resistência que as associações de policiais têm quanto a esse aspecto), ver Walker, 2001:71-72. Indicando outros aspectos controvertidos específicos desse poder (*subpoena power*) no direito estadunidense, ver Finn, 2001:99-101 e Reno, 2001:7. Admitindo o poder de notificação de policiais para prestar depoimento perante o Ministério Público, inclusive a legalidade da advertência da eventual condução coercitiva: STJ, 5ª T., REsp 761.938/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 4 abr. 2006, DJ 8 maio 2006, p. 282; STJ, 5ª T., HC 12.704/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 7 maio 2002, DJ 18 nov. 2002, p. 239. Na doutrina, sobre o poder cogente de notificação, ver Mazzili, 1991:518-526; E. Garcia, 2008:347. Sobre nossas críticas à condução coercitiva sem ordem judicial, ver supra, seção 4.5.

²⁹³ Sobre a problemática do direito ao silêncio do policial investigado, ver comentários infra, subseção 5.6.1.

²⁹⁴ Sobre a legalidade de intimação pelo Ministério Público para policial submeter-se a sessão de reconhecimento nas dependências ministeriais: TJDFT, Acórdão n. 129798, 20000020014916HBC, rel. Des. George Lopes Leite, 2ª Turma Criminal, j. 29 jun. 2000, DJ 4 out. 2000 p. 38.

que um dos aspectos mais complexos da investigação do desvio policial é exatamente superar o chamado “código do silêncio”, consistente na natural inclinação dos policiais de favorecerem seus colegas para o encobertamento do desvio policial, seja através da alegação de esquecimento ou de que não presenciou os fatos, seja mesmo através do falso testemunho destinado a favorecer o colega²⁹⁵.

Uma das diligências de investigação mais relevantes indicadas pela doutrina é o comparecimento pessoal à cena do crime, no caso de crimes sérios, para se evitar que o próprio policial no incidente envolvido venha eventualmente alterar a cena e favorecer a si mesmo²⁹⁶. O efetivo recolhimento dos vestígios materiais do crime é, não raro, a principal forma de elucidação do crime²⁹⁷. Nada impede que o Ministério Público expeça uma recomendação de que todo flagrante de crime praticado por policial deva ser imediatamente comunicado ao Ministério Público, e que o Ministério Público venha a comparecer à cena do crime e fiscalizar a investigação conduzida pela Corregedoria de Polícia ou eventualmente colher suas próprias informações diretas.

Um dos pontos essenciais para a investigação de crimes praticados por policiais, seja em via pública, seja no interior de Delegacias de Polícia ou de prisões, é que o órgão de investigação tenha acesso à lista de policiais que trabalharam no local no dia dos fatos, que o órgão de investigação tenha acesso à fotografias atuais dos policiais referidos e, portanto, tenha condições de realizar um reconhecimento fotográfico pela vítima, de forma a possibilitar que a vítima venha identificar seus agressores²⁹⁸. Também deve haver a possibilidade de a vítima

²⁹⁵ Ver supra, subseção 1.4.3.

²⁹⁶ Noble e Alpert, 2009:43; Walker, 2005:63.

²⁹⁷ Para uma lista das diligências recomendáveis durante a investigação de crimes praticados por policiais, ver CNPG, 2012 (Anexo 1B, item7). Especificamente para a perícia técnica em crimes de tortura, ver S.A. Pereira, 2003.

²⁹⁸ Nesse sentido, indicando uma investigação de abuso de autoridade conduzida diretamente pelo Ministério Público, na qual o Ministério Público realizou reconhecimento com fotografias dos policiais envolvidos: TEDH, Labita v. Itália, 6 abr. 2000, § 40. Nem sempre o reconhecimento desses poderes de investigação é linear; v.g., o TJDFt tinha precedente reconhecendo que a atividade de controle externo do Ministério Público não o autoriza a requisitar fotografias dos policiais suspeitos, por ausência de previsão legal: TJDFt, 1ª T. Civ., Acórdão n. 324209, 20060110852249APC, rel. Des. Flavio Rostirola, j. 27 ago. 2008, DJ 13 out. 2008 p. 83. Essa decisão do TJDFt foi posteriormente alterada pelo STJ, que considerou perfeitamente possível o Ministério Público requisitar fotografias de policiais para realização de investigações: “Recurso especial. Possibilidade de o Ministério Público realizar procedimentos administrativos visando à coleta de dados relevantes à formação de juízos pertinentes à atividade institucional. Acesso do *Parquet* a fotografias de policiais civis. Identificação de agentes de eventuais condutas sancionáveis. Parecer do MPF pelo provimento do recurso. Recurso provido”, STJ, REsp 1.126.468/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decisão monocrática, DJe 18 dez. 2012. Essa última

identificar pessoalmente os policiais envolvidos nos fatos. Em determinadas situações, é útil o acesso aos “registros eletrônicos de comunicação das viaturas e o seu órgão despachante, e sua movimentação, se possível complementada com registros de áudio e vídeo e informáticos”²⁹⁹. Alguns países avançam com recursos de gravação audiovisual instalados nas viaturas policiais, controles por GPS dos deslocamentos de viaturas policiais, e gravações em áreas comuns de Delegacias de Polícia. Eventualmente o acesso a gravações feitas em locais públicos ou no interior de áreas privadas é altamente relevante para o esclarecimento dos fatos.

O *Official Corruption Unit*, do Procurador-Geral do Distrito de Nova Iorque, utiliza-se de estratégias de investigação do crime organizado para esclarecer a corrupção policial, como por exemplo agentes infiltrados e interceptações telefônicas, já que os crimes policiais de maior envergadura acabam se configurando como crimes organizacionais³⁰⁰. Na mesma linha, a Lei n. 12.850/2013, art. 3º, prevê a possibilidade de colaboração premiada, interceptação ambiental, ação controlada, quebra de sigilo de dados, interceptações telefônicas, agente infiltrado e a cooperação entre instituições, para a investigação de crimes praticados por organizações criminosas, obedecidos os respectivos pressupostos legais.

O Ministério Público também poderá requerer judicialmente a realização de interceptação telefônica, buscas domiciliárias ou quebras de sigilos³⁰¹. Vale ressaltar decisão do STF que admitiu a legitimidade de interceptação telefônica deferida pelo juiz, a requerimento e sob supervisão do Ministério Público, para ser executada excepcionalmente pela PM, em caso que o Ministério Público investigava o envolvimento de policiais civis em uma organização criminosa destinada à exploração da prostituição e ao favorecimento à prostituição de menores³⁰². Nesse caso, o STF entendeu que se a própria Polícia Civil realizasse a interceptação telefônica, haveria o risco concreto de a diligência restar frustrada, pois o objeto da investigação eram os

decisão afirmou que: “Essa orientação da egrégia Corte do Distrito Federal, porém, não pode ser aceita sem reservas, porquanto, sendo norma constitucional a de que cabe ao MP o exercício do controle externo da atividade policial (art. 129, VII da Carta Magna), soaria irrazoável (e quiçá ilógico) que não lhe fosse reconhecido o poder de requisitar elementos relevantes àquela atividade, *quando já disponíveis em repartição da Polícia Civil, que se acha (e isso é voz constitucional) sob o controle externo*” (trecho do voto do relator, grifos no original).

²⁹⁹ Enunciado A8 do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012.

³⁰⁰ Punch, 2009:74. Ver ainda Noble e Alpert, 2009:113; Prenzler, 2009:143.

³⁰¹ Sobre a interceptação telefônica, v. STF, 2ª T., RE 449206 ED, rel. Min. Carlos Velloso, j. 18 out. 2005, DJ 25 nov. 2005, p. 33.

³⁰² STF, 2ª T., HC 96986/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15 maio 2012.

próprios policiais civis, dando interpretação elástica à previsão legal de condução das interceptações telefônicas em regra pela autoridade policial (Polícia Civil ou Federal). Em sentido semelhante, há outras decisões permitindo que a Polícia Militar cumpra mandados de busca e apreensão domiciliar³⁰³. O julgamento fortalece o entendimento de que a investigação de crimes praticados por policiais não pode ficar afeta exclusivamente à própria Polícia Civil. Aliás, à parte da controvérsia mais ampla se o Ministério Público pode ou não conduzir diretamente investigações criminais, há precedentes específicos do STF admitindo a investigação pelo Ministério Público quando se trata de esclarecer crimes praticados por policiais³⁰⁴.

Outra estratégia relevante para o controle da corrupção policial é estabelecer um intercâmbio de informações entre o Ministério Público e COAF, com a finalidade de obtenção de dados sobre policiais com indícios de enriquecimento ilícito ou lavagem de dinheiro incompatíveis com o exercício da função³⁰⁵.

5.6 Aspectos específicos da persecução penal do desvio policial

Ao exercer sua atividade de esclarecimento e promoção da responsabilização de policiais, inevitavelmente o Ministério Público se deparará com problemas dogmático-penais e processuais penais que são específicos desse tipo de criminalidade. Nossa análise não seria completa sem a análise de alguns desses aspectos. Vejamos.

5.6.1 Consequências da perspectiva organizacional do desvio policial para a responsabilidade penal

Como visto no cap. 1, há uma verdadeira pressão organizacional, em determinados Departamentos de Polícia (ou círculos específicos), em determinado momento

³⁰³ STF, 1ª T., HC 91.481, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19 ago. 2008, DJE 24 out. -2008; STF, RE 404.593, 2ª T., rel. Min. Cezar Peluso, j. 18 ago. 2009, DJE 23 out. 2009. Admitindo a busca domiciliar por policiais militares em situações em que a Polícia Civil não tenha condições de cumpri-lo: Nucci, 2008:535. Em sentido semelhante, na Espanha, o art. 558 da LECrim estabelece que ao expedir o mandado de busca domiciliar, o juiz deverá explicitar qual autoridade deverá cumpri-lo, podendo encomendar sua realização a outras autoridades (cf. art. 563.1 da LECrim).

³⁰⁴ STF, 2ª T., HC 91.661, rel. Min. Ellen Gracie, j. 10 mar. 2009, DJE 3 abr. 2009; STF, 2ª T., HC 93.930, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 7 dez. 2010, DJE 3 fev. 2011; STF, 2ª T., HC 89.837, rel. Min. Celso de Mello, j. 20 out. 2009, DJE 20 nov. 2009.

³⁰⁵ Ver o enunciado C6 do II Encontro Nacional de Aprimoramento da Atuação do Ministério Público no Controle Externo da Atividade Policial, promovido pelo CNMP em 25 maio 2012.

histórico, para que um policial passe a integrar um grupo de policiais que normalizam o desvio policial em atos de violência ou corrupção, e usualmente o praticam de forma coletiva. Ainda que não se pretenda exaurir todas as facetas dessa perspectiva organizacional para a responsabilidade penal, cumpre sinalizar os pontos de tensão mais relevantes.

Apesar do reconhecimento da existência dessa pressão organizacional, que gera um conjunto de técnicas de neutralização do desvio (gerando uma “consciência acomodada”), o policial ainda permanece com a consciência íntegra de que há uma dualidade entre as regras formais e as operacionais, que os desvios operacionais são ilegais (tanto que devem ser camuflados com uma aparência de legalidade), e, portanto, o policial desviante decide voluntariamente aderir a esse padrão desviante. Há alguma semelhança com a teoria do domínio da organização, na qual o mandante é autor mediato que se usa de um executor, o autor imediato, com a diferença aqui de que não há propriamente um mandante, mas um conjunto de policiais que partilha dos mesmos valores desviantes e decidem agir de acordo com eles. A semelhança é que, da mesma forma que o executor inscrito em uma organização não deve ter sua responsabilidade atenuada pelo simples fato de estar inscrito numa instituição (pois tem consciência da ilicitude e deveria recusar-se a cumprir a ordem manifestamente ilegal), também o policial que está num grupo que partilha de valores desviantes tem o dever de recusar adesão a tais valores³⁰⁶. A adesão do policial ao desvio acaba por realimentar a cultura desviante, incentivando novos policiais a prosseguirem no padrão desviante.

Apenas é possível admitir alguma forma de diminuição da responsabilidade penal no caso de coações diretas contra o policial executor da ação pelo grupo desviante, como a ameaça de retaliação imediata que seja irresistível (promessas graves de falta de apoio numa situação de risco, ameaça de uma futura falsa imputação de abuso de autoridade, retaliações a familiares). Obviamente, para que haja uma redução da responsabilidade penal (em verdade, a atenuante genérica do art. 66 do CP), é necessário que essa coação exceda o mero desconforto de não aderir aos valores organizacionais de um grupo desviante e seja faticamente irrecusável.

³⁰⁶ Sobre o domínio da ação por organização como forma independente de autoria mediata e a inexistência, em regra, de atenuação da responsabilidade penal do executor que está no nível inferior da hierarquia da organização, afirma Roxin, 2009:85: “Ele [o executor] está sujeito a numerosas influências específicas da organização, que na verdade não excluem de modo algum a sua responsabilidade, mas o tornam ‘mais disposto ao fato’ que outro potencial delinquente e, visto de forma global, aumentam a probabilidade do resultado por meio de uma ordem e contribuem com o domínio do fato do homem de trás”. Em sentido semelhante, ver: A.S. Dias, 2013.

Por outro lado, se na organização policial desviante puder ser identificado um mandante dos crimes, ele será responsabilizado como autor mediato. É o caso, por exemplo, de haver um grupo de extermínio em um Batalhão de Polícia, e um dos oficiais desse batalhão coordenar as atividades desse grupo, apesar de não participar pessoalmente das execuções. Nessa situação, ao dar a ordem de extermínio, o mandante sabe que algum integrante da estrutura organizacional irá cumprir sua ordem e, ainda que eventualmente recuse, outro assumirá seu lugar como executor (fungibilidade do executor), de sorte que há um domínio da vontade de terceiros manifesto como uma verdadeira autoria por domínio da organização (no caso, o grupo policial desviante)³⁰⁷. Caso se esclareça que não se tratou propriamente de uma ordem num contexto de grupo organizado, mas de mera incitação à prática do crime, ele será responsabilizado como partícipe.

Caso se crie um padrão sistêmico de desvio policial em determinada unidade policial, que seja fomentado pela ausência continuada de controle sobre a instituição policial, em que os superiores exigem resultados sem qualquer preocupação em controlar a forma de obtenção desses resultados, sem controlar o cumprimento das responsabilidades de seus inferiores, sem responsabilizar as eventuais notícias de desvios, implicitamente aceitando a ocorrência do desvio policial ao fazer “vista grossa” à sua ocorrência, por sua vez fortalecendo o padrão de atuação criminosa, é possível nessa situação de grave violação do dever de supervisão que haja responsabilidade por omissão, tendo em vista que o supervisor possui por lei o dever de vigilância da instituição policial, o que implica em evitar a ocorrência de delitos policiais (CP, art. 13, § 2º, “a”). Trata-se de uma forma independente de autoria, decorrente da omissão imprópria³⁰⁸.

Em relação aos superiores da instituição policial, esse dever de “cuidado, proteção e vigilância” se materializa na obrigação de estruturar um sistema de controle minimamente eficaz, e a falha grave em institucionalizar esse controle dá ensejo à sua

³⁰⁷ Roxin, 1998:679.

³⁰⁸ Chama-se omissão imprópria, ou crimes comissivos por omissão, pois na construção do tipo penal não se prevê uma conduta omissiva, mas uma conduta comissiva, sendo que a integração do tipo é feita pela definição de um dever de agir para evitar o resultado em razão da posição de garante, considerando-se ainda a real possibilidade de agir. Assim, v.g., a mãe pode matar o filho tanto por um agir positivo (enforcamento), quanto por um agir negativo (deixar morrer por inanição). Genericamente sobre a causalidade na omissão, ver Jesus, 2001:251-253; L.R. Prado, 2002:258-264; Silva Sanchez, 1986; Bierrenbach, 2002. Sobre a responsabilidade pela omissão do

responsabilização por omissão, numa verdadeira situação de dolo eventual (o supervisor sistematicamente negligente aceita que sua omissão irá gerar a prática de arbitrariedades policiais e é indiferente a esse resultado – eventualmente até o deseja enquanto meio mais “eficaz” de obtenção de resultados positivos para a instituição). Há clara diretriz da ONU de que os funcionários superiores deverão ser responsabilizados pelos abusos caso tenham tido ou devessem ter tido conhecimento dos mesmos, mas se tenham absterido de adotar medidas concretas (Princípios sobre a utilização da força e de armas de fogo, princípio 24)³⁰⁹.

Quem tem o poder de controle deve assegurar a tomada de todas as medidas necessárias para que esse controle seja efetivo, na medida de suas possibilidades, sob pena de ser responsabilizado pela eventual omissão grave. Obviamente, o nível de responsabilidade estará diretamente relacionado ao nível de controle realizado: o supervisor imediato terá mais responsabilidade de controle dos detalhes de uma operação policial que o comandante geral da instituição (o qual, por sua vez, será o responsável pela eventual omissão de expedição de diretrizes mais genéricas de atuação policial). Cada qual deve responder de acordo com o âmbito da competência que possui para fiscalizar ou controlar. Isso não significa que o superior é sempre imediatamente responsável pelos atos de seus subordinados, mas que ele responde pela sua omissão em não instituir um nível minimamente aceitável de controle sobre os seus subordinados que assegurasse uma prevenção adequada do desvio policial³¹⁰. Essa omissão ilícita eleva o risco de ocorrência de desvios policiais, pois é previsível que policiais apresentem atuações desviantes diante de pressões por resultados não acompanhadas de controles efetivos, e o não estabelecimento de garantias eficientes de contenção do previsível desvio policial equivale a um juízo de indiferença em relação à sua eventual ocorrência, sendo, portanto, penalmente relevante essa omissão de controle pelos dirigentes.

superior que, podendo, não impede a ocorrência do resultado, há expressa previsão de sanção disciplinar na Polícia Judiciária de Portugal, cf. Art. 7º do DL n. 196/1994 (Regimento Disciplinar da Polícia Judiciária).

³⁰⁹ Lasso, 2001:234. Sobre as diversas normas internacionais que estabelecem o dever de comando, direção e controle na atividade policial, ver Lasso, 2001:219-232.

³¹⁰ Nesse sentido, Roxin, 2009:92, endossa a proposta de Bottke, para uma nova redação do § 357 do StGB, para explicitar que “quem, na qualidade de superior legitimado a dar ordens em uma empresa, fábrica ou repartição pública, induz seus subordinados à prática de fatos puníveis relativos à empresa, à fábrica ou à repartição ou permite que aconteça tal fato ilícito, incorre nas penas cominadas para o autor deste fato ilícito. O mesmo vale para o membro de uma empresa, fábrica ou repartição que está encarregado da inspeção ou controle sobre as atividades realizadas por um outro dos seus membros, contanto que o ato cometido por este pertença às atividades que ele tem que fiscalizar ou controlar”.

É perfeitamente possível realizar-se um paralelo com a imputação de fatos delitivos em estruturas empresariais complexas, no âmbito dos delitos econômicos e financeiros, pois estão presentes os mesmos problemas de diluição da responsabilidade dentro da organização decorrentes da distribuição de competências (poder de decisão sobre políticas gerais e atuações concretas, direção das diversas unidades policiais, armazenamento dos conhecimentos técnicos sobre os riscos inerentes à atividade policial, e a execução direta da ação policial)³¹¹. Essa responsabilidade se torna especialmente complexa quando para a formação do sistema de controle intervêm diversas pessoas integradas no sistema de divisão interna do trabalho. Para essa responsabilidade como garante contra a ocorrência de desvios convém um clareamento sobre o nível de controle desejado e não provido, e das atribuições respectivas, na forma de uma regulamentação clara dos deveres de controle em seus diversos níveis. Todavia, certamente haverá espécies de controle evidentes, decorrentes da própria posição, cuja omissão já seja penalmente relevante diante da direta relação de causalidade entre a omissão de controles e a criação de um padrão de atuação policial potencialmente desviante. Há aqui um espaço necessário para o refinamento da dogmática da imputação no âmbito das organizações complexas, para se individualizar as responsabilidades de cada um dos integrantes da estrutura, de forma a se evitar tanto a “irresponsabilidade organizada”, como uma eventual “responsabilidade objetiva decorrente do cargo”.

Especificamente para os policiais de linha que participam de uma diligência e presenciam um ato claro de abuso de autoridade, a própria função policial impõe um dever de garante contra a ocorrência de crimes³¹². Isso significa que há uma identidade estrutural no plano normativo entre a conduta do policial que, v.g., agride gratuitamente um cidadão abordado, e o outro policial que assiste essa agressão claramente ilegal e, podendo, não toma qualquer providência para fazê-la cessar³¹³. Assim, o dever do policial que flagra um colega praticando um

³¹¹ Sobre o tema a responsabilidade em organizações empresariais complexas, v. A.S. Dias, 2008b:184-229; Feijoo Sanchez, 2008; Schünemann, 2010b; B. Moura, 2011.

³¹² Especificamente sobre a posição de garante do policial contra a prática de crimes, e seu dever de prender em flagrante o outro policial que pratica um abuso de autoridade, ver J.C. Assis *et al.*, 2008:70; R. Greco, 2012:169-173. Este último ilustra a situação com um exemplo (Greco, 2002:173): “Suponhamos, agora, que uma equipe, ao incursionar por uma comunidade carente, buscando apreender armas e drogas, percebe que alguns colegas de farda, pertencentes a outro batalhão, estão, ilicitamente, fazendo a entrega de drogas a um grupo de traficantes daquela favela e, mesmo presenciando tal fato, podendo evitar a prática do crime, nada fazem. Nesse caso, deverão ser responsabilizados pelo delito tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, vale dizer, o tráfico de drogas, por omissão”.

³¹³ Silva Sanchez, 1986:371.

crime é fazer cessar a prática ilícita e dar-lhe voz de prisão (se essa for faticamente praticável), ou denunciar-lhe no primeiro momento possível. Se o policial presencia o desvio claro e não impede sua ocorrência quando possível, torna-se co-autor por omissão (co-autoria paralela se não houve prévia unidade de desígnios).

Aliás, se o segundo policial continua a proporcionar segurança ao policial que pratica uma agressão ilícita, para evitar reações contra a ação ilegal deste, já há uma verdadeira co-autoria direta por cooperação na fase executiva, decorrente de uma divisão de papéis na qual a segurança do agressor é fundamental para a execução das agressões (um domínio parcial do fato)³¹⁴. Nessa situação há uma adesão implícita do policial que realiza a segurança em auxiliar a ação ilegal do policial agressor, numa identidade de dolos, ainda que não haja prévia unidade de desígnios explícita. Ou melhor, a unidade de desígnios estará implícita nos deveres de coleguismo e de acobertamento recíprocos evocados pela solidariedade policial, que impõem um “dever de silêncio” ao desvio de seu colega³¹⁵. Ainda que haja alguma eventual dúvida sobre a configuração ilícita ou não da conduta, é dever do policial subalterno relatar o ocorrido para que os superiores tenham ciência e tomem as eventuais providências cabíveis.

Todavia, em determinadas situações, a omissão de se evitar o resultado acaba configurando um tipo penal autônomo. É o que ocorre com o crime de tortura, pois o art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.455/1997, tipifica a conduta daquele que se omite em face de ato de tortura, quando tinha o dever de evitá-la ou apurá-la, com uma pena mais branda que a do autor da tortura.

Se um policial presencia a prática em flagrante delito de outro policial, deveria prendê-lo em flagrante delito, sob pena de responderem por crime de prevaricação. Nessa situação, o “sentimento pessoal” estaria expresso nos laços de corporativismo e na grave violação de dever funcional. Há precedentes entendendo que esse seria o caso de policiais que, ao receberem chamado de intervenção, deparam-se com outro policial militar praticando um crime,

³¹⁴ Na hipótese de haver vários agressores contra uma vítima indefesa, na qual claramente a ausência de segurança não ensejasse a inviabilidade da continuidade do fato delituoso, a prestação de segurança a distância poderia ser equiparada a uma participação por ação (auxílio material).

³¹⁵ Sobre o código do silêncio policial, ver comentários acima, na subseção 1.4.3.

e deixam de imediatamente prender esse policial e levá-lo à delegacia de polícia, ficando implícito o sentimento de corporativismo institucional a justificar a omissão³¹⁶.

De forma mais genérica, a omissão da comunicação de crimes de que tenha conhecimento em razão do cargo, quando não houver comprometimento direto, constitui contravenção penal (LCP, art. 66, I), incluindo-se nesse conceito a obrigação de delatar o crime de outro policial que tenha conhecimento em razão do cargo. É essencial à efetividade do princípio da obrigatoriedade que existam sanções efetivas para o descumprimento doloso de deveres funcionais³¹⁷. Vale lembrar que a obrigação de delatar os crimes praticados por outros policiais deriva de diversos diplomas internacionais³¹⁸.

Há de se reconhecer, todavia, que esse entendimento cria um problema adicional à comprovação do desvio policial: ainda que um policial tenha presenciado um desvio de seu colega, se ele não delatou imediatamente, haverá uma tendência natural de negar o desvio do colega, para assegurar sua não co-responsabilidade.

5.6.2 A fragilidade da prova do desvio policial

Um dos problemas mais sérios na responsabilização de policiais por crimes praticados no exercício da função consiste na usual fragilidade da sua prova. Conforme visto anteriormente, há oito fatores de imunização do desvio policial que tornam a prova desse delito sempre muito frágil: (1) normalização do desvio policial pela subcultura policial; (2) situação ordinária de ausência de testemunhas; (3) código do silêncio em relação aos demais policiais (acobertamento recíproco); (4) valor especial da palavra do policial; (5) demérito da palavra da vítima; (6) medo de retaliações a vítimas ou testemunhas; (7) minimização do desvio pelas

³¹⁶ TJDF, Apelação Criminal 20070111353243APR, rel. Des. Alfeu Machado, 2ª T. Crim., j. 17 fev. 2011, DJ-e 23 fev. 2011. Em caso semelhante, se o policial militar em serviço orienta o colega a fugir para não ser preso: TJDF, Processo APR1586595, rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, 1ª T. Crim., j. 11 abr. 1996, DJ 7 ago. 1996, p. 13.083.

³¹⁷ Por exemplo, na Itália, há previsão de uma sanção disciplinar para a omissão ou retardamento da prática de atos que deveriam ser praticados de ofício pela polícia (art. 16 das Normas de Atuação do CPP italiano) ou ainda do crime de omissão da prática de atos de ofício (art. 328 e art. 328 do CP italiano).

³¹⁸ O art. 8º do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, da ONU, estabelece a obrigação de levar ao conhecimento de seus superiores ou outras instituições de controle a ocorrência de violações ao Código de Conduta; o art. 25 dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo da ONU também proíbe a imposição de penalidades ao funcionário que delatar casos que acredite serem violações de princípios; e o art. 7.2 do Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão também prevê obrigação semelhante. Para comentários, ver Lasso, 2001:50.

instâncias oficiais de controle; (8) aplicação do princípio *in dubio pro reo* no âmbito da justiça criminal³¹⁹.

Segundo Walker, é uma característica praticamente universal que a investigação de crimes praticados por policiais tenha um índice extremamente baixo de esclarecimentos, decorrentes das fragilidades intrínsecas à obtenção da prova desse delito³²⁰.

Assim, o grande desafio da investigação do desvio policial é apontar as fragilidades das versões dos policiais, segundo uma investigação pronta e independente, que não presuma *ab initio* que a versão do policial é verdadeira e descarte liminarmente a versão do reclamante. A principal falha na investigação do desvio policial é admitir como verídica a versão do policial sem se importar em recolher provas que confirmem ou refutem essa versão dos fatos³²¹. Um importante aspecto de “justiça procedimental” na investigação do desvio policial é não dar uma preferência apriorística à versão dos policiais, mas documentar as versões de ambos os lados e procurar esclarecê-las integralmente³²². Assim, são importantes indicativos de que houve um possível desvio policial as divergências entre os depoimentos dos policiais envolvidos, divergências entre a versão do policial apresentada no momento do registro da ocorrência policial e seus posteriores depoimentos, a não possibilidade de conciliação da versão do policial com os vestígios materiais eventualmente recolhidos, o não recolhimento de informações de outras possíveis testemunhas presentes, mas que simplesmente foram descartadas pelos policiais, o fato de outros policiais estarem logo ao lado do policial investigado e “misteriosamente” afirmarem que não viram nada (uma tentativa de conciliar o “código do silêncio” com o receio de praticar um testemunho mendaz – ainda que a omissão em si já configure o crime de falso testemunho). Ou seja, ainda que haja uma presunção de veracidade para o depoimento de policiais, essa presunção é sempre *juris tantum*, e pode ser superada diante de incongruências concretas,

³¹⁹ Ver *supra*, subseção 1.4.6.

³²⁰ Walker, 2001:120. Não é a toa que Wechter, 2004:18, afirma que o exercício da função de controle externo da atividade policial é uma atividade pouco gratificante, com vitórias infrequentes e poucos agradecimentos.

³²¹ Walker, 2001:167, Reno, 2001:9.

³²² Walker, 2001:170, refere a uma decisão em ação civil pública (*consent decree*) contra o Departamento de Polícia de Pittsburgh, que determinou que “não deve haver automática preferência em favor do depoimento dos policiais em relação ao depoimento de um reclamante; [...] ao se determinar a credibilidade de um depoimento os investigadores da Corregedoria de Polícia devem considerar o histórico de reclamações e as punições contra um policial e os antecedentes criminais do reclamante relativos a crimes envolvendo deslealdade ou mentira”.

especialmente diante de um caso em que se suspeita de possível desvio policial (e, no qual, o depoimento policial não seria plenamente ausente de suspeitas)³²³.

Especificamente quando um policial decide romper com o “código do silêncio” para efetivamente testemunhar contra um colega, correndo o risco de sofrer as retaliações informais relativas a esse posicionamento, tal fato deve ser especialmente considerado na formação da convicção, ainda que eventualmente outros policiais não tenham corroborado essa versão. Em outras palavras, um policial afirmar que seu colega não praticou um desvio deve ser visto com a natural reserva do possível corporativismo, todavia, um policial afirmar que seu colega efetivamente praticou um desvio é uma prova que deve ter um peso especial (ante as dificuldades inerentes a essa posição), especialmente quando alinhada com outras provas. O fato de um réu confessar o crime principal e colaborar com as investigações, mas também delatar um desvio policial, deve ser considerado em conjunto para aferir a credibilidade de suas afirmações. Por outro lado, se o policial que nega a ocorrência do abuso de autoridade, em dissonância das demais evidências, possui condenações anteriores por corrupção ou por atos semelhantes de violência policial, esse fato deve ser levado em consideração para diminuir a credibilidade de seu testemunho³²⁴. Todas essas contradições ou especificidades devem ser consideradas em conjunto para se aferir a possibilidade de ocorrência de um desvio policial no caso concreto.

Finalmente, os Departamentos de Polícia devem ter diretrizes claras determinando aos policiais sua obrigação de delatar eventual desvio de um colega que tenham testemunhado, prevendo a impossibilidade de retaliações informais ao policial delator e até

³²³ Malatesta, apesar de indicar que o depoimento dos funcionários públicos encarregados de uma investigação ter presunção de veracidade, diante da maior capacidade para não se enganar ou da menor probabilidade de querer enganar (Malatesta, 1995:102), conclui que essa presunção pode ser validamente superada se houver concretamente motivos de descrédito. Conferir (*ibidem*: 106): “Podem, também contra a testemunha oficial, resultar motivos tais de descrédito, que lhe tirem toda a fé ou ao menos uma grande parte. A testemunha oficial que demonstrasse estar corrompida, poderia ainda ser digna de fé? A testemunha oficial que, apesar de prova, viesse a ser amigo íntimo, quase irmão do acusado ou seu inimigo desapiedado, poderia sobrepujar qualquer razão de suspeita com sua qualidade de funcionário público? O funcionário público que fosse o *ofendido* do delito ou em favor de quem pudesse reverter um crédito, ou em cujo prejuízo pudesse resultar em débito, como consequência do julgamento, poderia acaso considerar-se, não obstante, seguramente imparcial por sua investidura oficial? Não é ele também um homem e não pode manter-se completamente alheio às fraquezas e paixões humanas. O testemunho oficial, mesmo o mais alto possível, não terá a seu favor senão uma simples presunção *juris tantum* de veracidade, contra a qual será sempre lícito oferecer provas a parte interessada”. Em sentido semelhante argumentando que se a testemunha tem interesse na causa, se há fortes laços de lealdade ou mesmo de autoridade sobre a testemunha, há uma causa de suspeição, ver Mittermayer, 2004:334-347.

³²⁴ Essa diminuição do valor do testemunho do oficial público condenado por corrupção já fora ressaltado por Malatesta, 1995:55.

mesmo a responsabilidade administrativa do policial em não delatar o colega³²⁵. No Brasil, o ato de um policial presenciar e não delatar um desvio praticado por seu colega policial é perfeitamente reconduzível à descrição da contravenção penal de omissão de comunicação de crime (LCP, art. 66, I) se ele não tinha condições imediatas de fazer cessar a prática do crime, pois, assim como todo funcionário público, o policial possui a obrigação de comunicar à autoridade competente os crimes de que tiver conhecimento, incluindo o abuso de autoridade ou outros desvios policiais, ainda que de seu parceiro de serviço. Já se o policial tem condições de fazer cessar a prática do crime e não o faz, se torna co-autor do crime por omissão imprópria. E se o superior toma conhecimento posteriormente dos fatos e nada faz, também responde por condescendência criminosa (CP, art. 320).

Um possível instrumento relevante para minimizar esse aspecto inerente à investigação do desvio policial seria a produção antecipada da prova, quando se tratar de testemunha em estado de detenção, com a possibilidade de eventualmente perder-se o contato com a mesma quando colocada em liberdade, ou ainda de eventualmente sofrer pressões por agentes penitenciários (se está a depor contra os mesmos)³²⁶. Bem como a concessão de sigilo sobre os dados da vítima do crime (nome e endereço) durante a fase das investigações, para evitar-se eventuais retaliações pelo policial investigado, quando houver o fundado receio de sua ocorrência³²⁷.

5.6.3 *Direito ao silêncio vs. dever de justificar a atuação policial*

Questão interessante é relativa à postura que o policial investigado poderá adotar quando de seu interrogatório diante da suspeita de eventual desvio policial.

Nos EUA, essa questão foi abordada pela Corte Suprema no precedente *Garrity vs. New Jersey*³²⁸. De acordo com esse precedente, se for instaurada uma investigação interna

³²⁵ Walker, 2005:65, Reno, 2001:7. Como já visto, a não delação do colega que pratica um desvio configura contravenção penal de omissão de comunicação de crime.

³²⁶ Em Cucchi, 2010:245, há indicação de um caso italiano no qual foi necessária a produção antecipada de prova de uma testemunha presa, que era um imigrante irregular, com risco de possível extradição, que depunha contra os agentes penitenciários que teriam agredido gratuitamente e de forma excessiva um jovem italiano preso, pelo fato dele não obedecer uma ordem de ingressar na cela, e que levou ao seu posterior óbito.

³²⁷ Nesse sentido: R.S.M. Cruz, 2005.

³²⁸ EUA, Corte Suprema, *Garrity vs. New Jersey*, 285 US 493 (1967). Ver comentários em Finn, 2001:100 e Walker, 2005:168. Na conclusão dessa decisão, consta o seguinte: “Decidimos que a proteção de um indivíduo à luz da 14^a

administrativa (não-criminal), o dirigente da instituição pode expedir uma ordem determinando que o policial ou outro funcionário tenha a obrigação de responder de forma “específica, direta e estrita em relação ao desempenho de seus deveres oficiais”. Segundo esse precedente, a falha em responder a tais questões pode justificar uma punição administrativa, eventualmente até a demissão do policial. Todavia, as informações prestadas pelo policial com fundamento nessa obrigação não poderiam ser usadas contra si em nenhum subsequente processo criminal, a não ser que se argumente que o policial mentiu nas informações (crime de perjúrio). Essa obrigação de exigir que o policial fale a verdade em investigações administrativas (sob pena de punição) e que tais informações não serão usadas contra si em um julgamento criminal é conhecida na doutrina estadunidense como *Garrity rights*. Em outras palavras, os direitos de *Garrity* estabelecem que não há direito ao silêncio na esfera administrativa (pois há um dever de prestar informações, sob pena de ser demitido), e que tais informações prestadas sob tal constrição não podem ser usadas em um julgamento criminal (se o policial, ao prestá-las, invocar as garantias de *Garrity*). Há precedentes mais recentes sobre o tema, ora entendendo que quando um policial presta depoimentos perante o órgão de controle externo ele possui o direito de permanecer em silêncio e não ser punido administrativamente³²⁹, e outros que se ele permanecer em silêncio poderá ser punido administrativamente³³⁰. Esses últimos precedentes indicam que uma das obrigações inerentes ao contrato de trabalho de um policial é o de prestar informações sobre os incidentes nos quais se envolve, e uma recusa a prestar informações satisfatórias, permanecendo em silêncio, poderia justificar a demissão do policial³³¹.

No Brasil, não há previsão de uma sanção penal ou administrativa para o perjúrio. O que existe é o direito ao silêncio e o ônus probatório de, diante da comprovação de um fato típico, ao menos introduzir uma dúvida razoável sobre a presença de uma excludente da ilicitude. Portanto, parece-nos que não há espaço de aplicação da lógica dos *Garrity rights* no Brasil. Vejamos.

Emenda contra declarações obtidas mediante coerção proíbe o uso em subsequente procedimento criminal das declarações obtidas sob a ameaça de demissão, e que tal proteção se estende a todos, sejam eles policiais ou outros membros de nosso corpo político”. Os votos vencidos argumentaram que no caso não houve coerção específica, apenas exigência de um dever inerente ao cargo.

³²⁹ EUA, Colorado Court of Appeals, *City and County of Denver ADN the Public Safety Review Commission v. Scott Blatnik and Jerome Powell*, 97 CA 1662, 1998.

³³⁰ EUA, Corte Federal do 2º Circuito, *Pirrozzini vs. New York*, 950 F. Supp. 90, 1997

³³¹ Ver ainda Noble e Alpert, 2009:97.

Todos os agentes do Estado que se utilizam da força para executar suas missões possuem uma obrigação constitucional de prestar contas sobre seus atos, ou seja, de explicitar quais foram os pressupostos de fato que justificaram sua ação e como a ação foi desenvolvida concretamente. Aqui, portanto, há um choque de princípios constitucionais: por um lado, toda pessoa investigada criminalmente possui o direito ao silêncio, todavia, todo policial que é questionado quanto às suas ações possui também um dever constitucional de explicitar as razões que justificaram a intervenção policial, sob pena de a intervenção ser considerada ilegal por ausência de seus pressupostos. Por exemplo, não pode um policial realizar uma diligência para prisão de uma pessoa, da qual resulte uma agressão física e, ao ser questionado sobre o porquê dessa agressão física, o policial simplesmente afirmar que se reserva em seu direito constitucional de permanecer em silêncio e não haver qualquer consequência desse fato na esfera administrativa. O policial não pode ser obrigado a confessar que praticou uma agressão física dolosa durante a abordagem, todavia, seu compromisso legal de exercer a função policial exige que dê alguma resposta plausível sobre a ocorrência das lesões recentes apresentadas pelo preso logo após a abordagem policial, pois nessa situação o ônus é do agente estatal de demonstrar que a lesão sofrida pelo preso, quando em poder de autoridades estatais, foi legítima, ou seja, o uso da força foi necessário e proporcional para superar eventual resistência à prisão, ou para defender alguém de uma agressão atual e iminente. Se o policial de forma simplista decide permanecer em silêncio, ele mesmo se coloca numa posição de fazer presumir que sua intervenção não foi legítima, pois, uma vez comprovado pela acusação que houve o fato típico (uma agressão, ou uma restrição qualquer de direitos fundamentais), o ônus de demonstrar a presença da excludente da ilicitude do estrito cumprimento de dever legal pertence ao agente público³³². Se o policial não chega nem mesmo a levantar a tese da possível atuação no estrito cumprimento do dever legal, se nenhuma prova é produzida nessa linha, surge uma presunção jurídica (sempre *iuris tantum*) de que a tipicidade conduzirá à ilicitude.

³³² Tecnicamente, o réu não possui o ônus de provar sua inocência, pois esse ônus pertence à acusação. Todavia, se a acusação comprovar o fato típico, considerando que a tipicidade é indiciária da ilicitude, se nenhuma comprovação houver sobre a situação de estrito cumprimento do dever legal, a situação será indicativa de uma possível condenação, surgindo, nessa perspectiva, um ônus para a defesa de, ao menos, introduzir uma dúvida razoável quanto à presença da excludente da ilicitude, a justificar o *in dubio pro reo*. Ou, na expressão de Badaró, 2003:235: “afirmar que, para ser absolvido, o acusado tem o ônus de gerar uma dúvida razoável sobre a existência da legítima defesa equivale a dizer que, para ele ser condenado, o Ministério Público teria o ônus de provar, além de qualquer dúvida, a inoccorrência da legítima defesa”.

O exercício do direito ao silêncio também cria um conflito com o exercício continuado da autoridade pública. Toda autoridade pública possui o dever de prestar as explicações necessárias sobre o exercício de sua autoridade como um dever inerente ao exercício de sua função. Pressupõe-se que toda ação da autoridade pública foi realizada dentro do marco desse exercício legítimo de poder e que se demonstrará mediante a devida fundamentação. Todavia, quando ocorre uma restrição de direitos em relação à qual o agente público simplesmente se recusa a prestar esclarecimentos sobre como ocorreu (reserva-se no direito de permanecer em silêncio), cria-se uma crise de legitimidade no exercício continuado da autoridade pública. Como pode uma autoridade pública que exerce a prerrogativa de usar a força contra os cidadãos se recusar a prestar esclarecimentos sobre o motivo e a forma de realização da diligência, e essa mesma autoridade estar autorizada a voltar a exercer essa autoridade em outras situações? Se o agente público usa da autoridade e, por algum motivo concreto não tem condições de apresentar a comprovação da legitimidade de sua atuação e, para defender-se em investigação criminal, precisa reservar-se em seu direito constitucional de permanecer em silêncio, ele mesmo coloca-se numa situação que o impede de voltar a exercer a autoridade pública em casos semelhantes, pois há uma quebra do dever constitucional de justificação de suas atividades. Há que se respeitar o direito processual penal de permanecer em silêncio, mas a omissão de dar uma resposta minimamente adequada ao exercício concreto da autoridade deve gerar consequências administrativas para o agente público, especialmente a impossibilidade de agir em situações semelhantes até o completo esclarecimento dos fatos. Parece-nos que a omissão de esclarecer a situação deverá configurar uma infração administrativa, bem como que as informações prestadas na fase administrativas poderão ser utilizadas no procedimento criminal, como prova documental.

Essas considerações são, em verdade, mais teóricas que práticas. Em termos práticos, dificilmente um policial simplesmente se reservará no seu direito constitucional de permanecer em silêncio. Ao contrário, é usual que toda ocorrência de abuso de autoridade procure ser escamoteada com alegações de estrito cumprimento do dever legal: toda agressão praticada durante a realização de uma prisão foi realizada para superar uma resistência, todo disparo de arma de fogo foi realizado porque o suspeito levou a mão à cintura e imaginou-se que o mesmo iria disparar uma suposta arma, as lesões ocorridas no interior da cela foram em verdade auto-agressões decorrentes do estado de agitação do preso, toda busca domiciliar realizada sem

ordem judicial foi praticada ou com autorização do morador ou diante de indícios críveis de estar-se diante de uma situação de flagrante delito (o fato de pessoas entrarem e saírem com frequência do local seria suposto indicativo da atividade de tráfico de drogas), toda revista pessoal foi realizada diante de uma situação suspeita (ainda que tal situação seja apenas um jovem negro pobre estar andando sozinho na via pública durante a noite), isso para não se falar nas situações em que provas falsas (como armas ou drogas) são plantadas para justificar *a posteriori* uma atuação inicialmente ilegal. Como os problemas de abuso de autoridade são geralmente uma questão da palavra do policial contra a do abordado (normalmente um suspeito de crime), a prova da legitimidade da intervenção policial está em grande parte nas mãos do próprio policial, de sorte que a alegação de tais situações é, normalmente, uma garantia de que ao menos alguma dúvida razoável haverá quanto à atuação policial e que, portanto, a dúvida beneficiará o policial.

5.6.4 *Prisão preventiva de policiais*

O STF tem precedentes reconhecendo que apenas a gravidade do crime e o fato de seu autor ser um policial, de forma abstrata, não justificam por si só a decretação da prisão preventiva³³³. Ou seja, deve-se sempre analisar a gravidade do caso concreto. Por outro lado, também há precedente do STF de que se o policial se envolveu com atividades criminosas (acobertamento de roubos de cargas), sua associação com o crime justificaria a prisão preventiva³³⁴. Em outro caso, onde havia uma quadrilha de delegados e policiais civis para a prática de sequestros, homicídios e ocultação de cadáver, inclusive de homicídio de outros agentes de polícia federal, o STF entendeu que esse quadro fático concreto justificaria a decretação da prisão preventiva³³⁵.

³³³ STF, HC 93639, rel. Min. Eros Grau, 2ª T., j. 16 dez. 2008, DJe-152 de 13 ago. 2009.

³³⁴ Nesse caso, a fundamentação da decretação da prisão preventiva pela primeira instância foi a seguinte: “Retrata a denúncia, por outro lado, crimes de corrupção passiva e ativa, praticados, de um lado, por casal investigado por participação em delitos de roubo de cargas, sabidamente perpetrados com extrema organização e potencial lesivo, e policiais imbuídos destas investigações, quando no cumprimento de diligência a elas referentes. Ora, se não pode, por um lado, o Poder Judiciário permitir que agentes públicos pratiquem ilícitos escudados pelo Estado, o que acarreta a descrença nas instituições e fomenta o círculo vicioso da criminalidade, imperioso se faz reconhecer que a liberdade dos réus, em razão de suas próprias atividades e relações, teria o condão de impedir o livre curso da instrução criminal. Sem contar que a parceria entre policiais e marginais, para acobertar crimes, gerar vantagens ilícitas ou impedir punições constitui fator de repulsa e clamor públicos”. Essa fundamentação foi aceita pelo STF como suficiente para justificar prisão dos policiais. STF, HC 91926, rel. Min. Eros Grau, 2ª T., j. 9 out. 2007, DJe-031 21 fev. 2008 (o trecho citado consta do voto do relator).

³³⁵ STF, RHC 68741, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 28 jun. 1991, DJ 30 ago. 1991, p. 11637, RTJ 137:312.

Já o STJ tem precedentes de que, se há indícios concretos do envolvimento do policial civil em tráfico de drogas e a reiteração da conduta, seria admissível a custódia cautelar³³⁶. De forma mais abrangente, ver precedente³³⁷:

A ordem pública é seriamente ameaçada quando agentes da autoridade policial, encarregados do combate ao comércio ilícito de drogas, dele tiram proveito, mediante participação extorsiva nos rendimentos da prática criminosa. Nestas circunstâncias, em ocorrendo esta intolerável promiscuidade entre marginais e agentes da lei, há imperiosa necessidade de se impedir, ainda que potencialmente, a proliferação do crime, justificando-se a prisão preventiva como forma de acautelar o meio social.

Ademais, um dos fatores considerados pelo STJ para justificar a prisão de policiais é a possibilidade, sempre latente, desses profissionais virem a pressionar as testemunhas do crime, já que trabalham com o uso da força³³⁸.

Com efeito, há um fator adicional de periculosidade quando policiais se envolvem na prática de infrações penais. Todo o investimento feito na capacitação desses agentes para serem eficientes no cumprimento da lei, passa a ser desviado para a prática de crimes, portanto, com um alto potencial de danosidade social. Sua qualidade de autoridades do Estado

³³⁶ STJ, HC 122.327/BA, rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, 6ª T., j. 16 jun. 2011, DJe 28 jun. 2011. Admitindo a prisão preventiva no caso de participação em organização criminosa de policiais para homicídios, extorsões e auxílio ao narcotráfico: STJ, REsp 1094709/RN, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 6 ago. 2009, DJe 21 set. 2009.

³³⁷ STJ, RHC 7.147/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª T., j. 10 mar. 1998, DJ 30 mar. 1998, p. 141. Em outro precedente, não ligado a crimes praticados por policiais (Caso Nardoni), o STJ reconheceu que a gravidade concreta do crime, expressa em seu *modus operandi*, pode já permitir a extração de uma especial gravidade a justificar a prisão preventiva. Conferir: “O clamor público ou a necessidade de resguardar a credibilidade da Justiça, como bem lembrou o ilustre representante do Parquet Federal, não são motivos, por si sós, aptos à decretação da prisão preventiva sob o pálio da garantia da ordem pública; todavia, se esses fundamentos estiverem aliados à gravidade concreta do delito, perceptível pela forma como foi conduzido e realizado, então estará mais do que satisfeita a exigência legal. Esta 5ª. Turma, em inúmeros julgados, secundando orientação do Pretório Excelso, tem ressaltado que a periculosidade do agente encontra-se ínsita na própria ação criminosa praticada em face da grande repercussão social de que se reveste o seu comportamento. Não se trata, frise-se, de presumir a periculosidade do agente a partir de meras ilações, conjecturas desprovidas de base empírica concreta, que conforme antes destacado não se admite, pelo contrário, no caso, a periculosidade decorre da forma como o crime foi praticado (*modus operandi*)”. STJ, HC 110.175/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 9 set. 2008, DJe 6 out. 2008. Ver ainda sobre *modus operandi* e gravidade concreta a justificar a prisão preventiva: STJ, HC 100.267/SE, rel. Min. Felix Fischer, DJU 18 ago. 2008.

³³⁸ Conferir: “EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E FRAUDE PROCESSUAL. [...] A real periculosidade dos réus, evidenciada no *modus operandi* (na qualidade de policiais, forjar um flagrante de delito após ver frustrada a obtenção de vantagem ilícita mediante sequestro), bem como a possibilidade de os réus, como policiais, constrangerem as testemunhas arroladas na exordial e ainda prosseguirem com a atividade criminosa, são motivações idôneas, capazes de justificar a manutenção da constrição cautelar, por demonstrarem a necessidade de se resguardar a ordem pública e de se assegurar o regular andamento da instrução criminal”. STJ, HC

pode permitir o acobertamento de práticas criminosas e mesmo a retaliação a vítimas ou testemunhas. Ainda que o simples fato de se tratar de policiais não justifique abstratamente uma prisão preventiva, trata-se sem dúvidas de mais um fator argumentativo a recomendar uma resposta mais séria do Estado a essa espécie de desvio social e, aliado à gravidade concreta dos crimes, a abrangência da rede criminosa na qual estão envolvidos, o risco potencial de reiteração da prática criminosa e a necessidade concreta de desarticular uma organização criminosa, tudo isso concretamente fundamentado poderá justificar um decreto de prisão preventiva contra um policial envolvido em atividades de crime organizado.

5.6.5 *Afastamento cautelar do cargo*

É admissível o afastamento provisório do policial do cargo, na qualidade de medida cautelar incidental ao processo penal, diante da gravidade dos fatos a ele imputados e do risco de sua permanência no exercício da função, seja o risco à ordem pública (perigo de reiteração da conduta criminosa no exercício da atividade policial) seja o risco à instrução criminal (perigo de que o réu, ao exercer a função policial, venha destruir provas de sua participação ou coagir testemunhas)³³⁹.

Vale lembrar que determinados crimes admitem até mesmo a perda do cargo como consequência da condenação criminal. É o que ocorre para os crimes praticados no exercício do cargo com pena igual ou superior a um ano (CP, art. 92, I, “a”), obrigatoriamente para os crimes de tortura (art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.455/1997), ou ainda para os crimes de racismo (ar. 16 e 18 da Lei n. 7.716/1997) ou de abuso de autoridade (art. 6º, § 3º, “c”, § 4º e § 5º, da Lei n. 4.898/1965).

Essa possibilidade de afastamento cautelar do cargo era anteriormente construída como uma medida cautelar intermediária, justificada à luz do princípio da proporcionalidade (se uma medida mais grave é admissível, como a prisão preventiva, então uma menos grave mas igualmente eficaz também seria admissível). Atualmente, a suspensão do

95.151/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 12 fev. 2008, DJe 16 jun. 2008. Ver ainda: STJ, HC 41.090/PA, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 28 jun. 2005, DJ 29 ago. 2005, p. 379.

³³⁹ Nesse sentido, em caso semelhante, admitindo o afastamento cautelar das funções de magistrado acusado de crime: STF, Inq 2424, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. 26 nov. 2008, DJe-055 de 25 mar. 2010. Em caso

exercício de função pública está prevista expressamente no art. 319, VI, do CPP como uma “medida cautelar diversa da prisão”³⁴⁰. Em relação ao crime de tráfico de drogas, no recebimento da denúncia contra funcionário público o juiz poderá determinar o afastamento cautelar do denunciado de suas funções (Lei n. 11.343/2006, art. 56, § 1º). Especificamente para o caso de organizações criminosas integradas por funcionários públicos, há previsão expressa da possibilidade de seu afastamento do cargo por ordem do juiz criminal, sem prejuízo da remuneração, quando a medida for necessária à investigação ou instrução criminal (Lei n. 12.850/2013, art. 2º, § 5º).

Essa medida é especialmente relevante no caso de policiais militares que realizam atividade de policiamento ostensivo em comunidades carentes e são suspeitos de envolvimento em atividades de grupos de extermínio. A continuidade de sua presença no local é altamente constrangedora para os familiares das vítimas e eventuais testemunhas. Se não for o caso de decretação de sua prisão preventiva ou seu afastamento cautelar do cargo, o mínimo que deve ocorrer nessas situações é uma ordem judicial para que o policial seja afastado das atividades de policiamento no local onde vítimas e testemunhas residem, de forma a minimizar o risco de eventual retaliação (coaço no curso do processo), e se preservar a produção da prova em juízo³⁴¹. Segundo o CNPG, deve haver uma “intensificação das ações para o controle da medida de afastamento dos policiais envolvidos na prática de crimes, por intermédio de relatórios periódicos fornecidos pelas instituições policiais”³⁴².

Há precedente do STJ entendendo admissível em sede ação civil pública por improbidade administrativa, relativa à ação de policiais federais praticarem tortura no interior de delegacia no Rio de Janeiro, o deferimento de medida liminar para autorizar o afastamento

semelhante, par ao afastamento cautelar de prefeito, em crime de responsabilidade: STJ, HC 36.274/MA, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 8 mar. 2005, DJ 28 mar. 2005, p. 296.

³⁴⁰ Essa norma possui paralelo com o art. 2º, II, do DL n. 201/1967, que disciplina os crimes de responsabilidade de prefeitos, e estabelece que “Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos”, bem como com o art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa), que prevê a possibilidade de o juiz cível determinar o afastamento do servidor público acusado de improbidade administrativa, sempre que sua permanência no cargo puder importar em risco à instrução processual.

³⁴¹ Documentando o sério constrangimento pelo qual passam familiares de vítimas quando os policiais que realizaram a execução continuam a desempenhar atividades na comunidade onde residem: Lyra *et al.*, 2004:39. Ainda sobre o tema: Noble e Alpert, 2009:67.

³⁴² CNPG, 2012:36.

cautelar da função de policiamento, transferindo-se os policiais para atividades meramente burocráticas³⁴³. Nesses casos de afastamento cautelar das funções, como ainda não há a perda do cargo, o afastamento ocorrerá sem prejuízo da remuneração do policial.

5.6.6 Mediação como possível resposta ao pequeno desvio policial

Há algumas experiências estrangeiras que têm apostado em soluções de mediação para o conflito envolvendo cidadão e policial, como estratégia de solução do processo de responsabilização. Segundo esses estudos, em muitas situações a atuação do policial é legal, mas ela não é representada como legítima pelo cidadão abordado ou até mesmo pela comunidade local. Em outras situações, o policial tem a representação que está agindo de forma correta para atingir um fim legítimo quando, em verdade, está agindo à margem da lei. Em inúmeras situações, o policial não consegue ter a perspectiva do cidadão, e da mesma forma o cidadão não consegue ter a perspectiva do policial. É extremamente comum que, no âmbito da atividade policial, haja situações intrinsecamente ambíguas nas quais o que o reclamante quer não é necessariamente a punição do policial, mas ele deseja ser ouvido e ter a percepção de que o policial tomou conhecimento de sua perspectiva do problema. Portanto, criar um espaço de diálogo entre policial e cidadão, fora da necessidade de manter a autoridade na tensão da abordagem concreta, pode auxiliar a que ambos os lados tenham uma melhor compreensão das perspectivas recíprocas, auxiliando o cidadão a compreender a legitimidade da atuação policial e aceitá-la com maior naturalidade, bem como auxiliando o policial a perceber que suas diligências são potencialmente lesivas de expectativas dos cidadãos quanto ao respeito de seus direitos fundamentais e, portanto, auxiliar a alterar a representação da cultura policial quanto à normalidade do uso da força. O uso da mediação está associado à perspectiva de uma justiça restaurativa, em contraposição à tradicional justiça retributiva, ou seja, não apenas de impor-se uma solução por um terceiro, mas de procurar que ambos os envolvidos achem a solução mais justa, ou que aceitem a solução proposta como sendo a mais justa³⁴⁴.

³⁴³ STJ, REsp 785.667/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 15 abr. 2008, DJe 14 maio 2008.

³⁴⁴ Sobre a mediação para conflitos decorrentes da atuação policial, ver Finn, 2001:72-80; Noble e Alpert, 2009:242-248; Walker, 2001:80; Prenzler, 2009:97-112. Em geral, sobre as críticas ao tradicional sistema adversarial (conflito de duas partes com uma solução imposta por um terceiro) e o novo paradigma restaurativo ou terapêutico, ver Freiberg, 2010; no Brasil, ver R.S.G. Pinto, 2007.

No Brasil, a mediação possui uma porta de realização no âmbito do sistema dos Juizados Especiais Criminais, para o caso da prática de uma infração penal de menor potencial ofensivo. Especificamente quanto ao desvio policial, ela pode ser aplicada aos casos de abuso de autoridade, desde que não sejam especialmente graves a justificar uma resposta penal mais severa, bem como nos casos de desacato a policiais (que eventualmente também envolvem alegações de um abuso de autoridade anterior). Em verdade, ela é recomendável para os casos de um desvio muito pequeno, quase insignificante, em situações em que o mero arquivamento por insignificância seria uma resposta insuficiente diante do risco de reiteração do desvio, mas a plena responsabilização penal seria excessiva diante da não gravidade do desvio.

Assim, a mediação poderia ser um importante mecanismo de reafirmação da vigência da norma perante os envolvidos (cidadão deve respeitar o policial, policial deve atuar dentro dos limites legais com respeito ao cidadão abordado), com uma especial conscientização sobre os pontos de vista recíprocos dos envolvidos (o risco e a tensão inerentes à atividade policial e a necessidade de promoção preventiva da segurança pública, bem como a expectativa de um cidadão honesto de não ser importunado por diligências policiais). Também pode ser um fator a incrementar a confiança da comunidade na Polícia, reforçando os laços de cooperação.

Todavia, para ser eficiente, a mediação deve realizar-se efetivamente num espaço fora de pressões recíprocas, especialmente, sem pressões ao cidadão envolvido no conflito com o policial. Ela também não poderia ser aceita em situações em que a vítima do desvio policial esteja em situação de hipossuficiência tão séria que se faça recluir quanto à igualdade na capacidade de diálogo entre os interlocutores. A mediação não pode ser um processo de imposição ao cidadão da necessidade de aceitar a diligência policial (independentemente da consideração das razões invocadas pelo cidadão), sob pena de se tornar um novo espaço de revitimização.

Não se conhece experiências brasileiras dentro dessa temática da mediação relativa ao desvio policial. Ainda há um amplo campo a se desbravar.

5.6.7 *A preferência legal de tramitação de crimes praticados com maus tratos ou tratamento desumano e degradante por agentes do Estado*

Os crimes praticados por policiais com brutalidade são equiparados a tratamentos desumanos e degradantes e, por esse motivo, devem ter o mesmo tratamento prioritário dos crimes de tortura. Muitos crimes de abuso de autoridade são potenciais crimes de tortura (em relação aos quais apenas não se comprova o intenso sofrimento físico), e todos os casos de abusos de autoridade configuram um tratamento cruel, desumano e degradante, de forma que tais figuras são constitucionalmente qualificadas (CRFB/1988, art. 5º, III e LXIII).

Nesse sentido, determina o art. 16.1 da Convenção Internacional contra Tortura e Tratamentos Desumanos ou Degradantes, incorporada ao sistema jurídico brasileiro pelo Decreto Presidencial n. 40/1991:

Artigo 16 - 1. Cada Estado-parte se comprometerá a proibir, em qualquer território sob a sua jurisdição, outros atos que constituam tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações mencionadas nos artigos 10, 11, 12 e 13, com a substituição das referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

E, por consequência, o art. 13 dessa Convenção Internacional estabelece uma obrigatoriedade de ser eficiente na repressão dos crimes de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, praticados por funcionários públicos. Conferir:

Artigo 13 - Cada Estado-parte assegurará, a qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura em qualquer território sob sua jurisdição, o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes do referido Estado, que procederão **imediatamente** e com imparcialidade ao exame do seu caso. Serão tomadas medidas para assegurar a proteção dos queixosos e das testemunhas contra qualquer mau tratamento ou intimidação, em consequência da queixa apresentada ou do depoimento prestado. (grifo nosso)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também tem reiteradamente afirmado que quando há uma violação à vedação de maus tratos³⁴⁵:

³⁴⁵ CIDH, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4 jul. 2006, § 148. Ver no mesmo sentido: CIDH, Caso *Baldeón García*, 6 abr. 2006, Série C, n. 147, § 92-94; Caso do *Massacre de Puerto Bello*, 31 jan. 2006, Série C, n. 140, § 143; Caso

[...] o Estado tem o dever de iniciar *ex officio* e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva, que não se empreenda como uma mera formalidade condenada de antemão a ser infrutífera. Esta investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, ajuizamento e **punição** de todos os responsáveis pelos fatos, especialmente quando estejam ou possam estar implicados agentes estatais. (grifo nosso)

E conclui que a condução de um processo efetivo (e não meramente formal) de responsabilização pelas violações de direitos humanos é um pressuposto básico para a existência de um Estado de Direito em uma sociedade democrática³⁴⁶.

Portanto, o Estado Brasileiro possui um compromisso internacional em ser eficiente na repressão do crime de abuso de autoridade e demais crimes de brutalidade policial, havendo normas cogentes no ordenamento jurídico que fundamentam uma tramitação prioritária dos processos relativos à brutalidade policial. Assim, por exemplo, não é adequado que o crime de abuso de autoridade simplesmente seja colocado na “vala geral” das infrações penais de menor potencial ofensivo no âmbito do Juizado Especial Criminal, juntamente com casos de brigas de vizinhos, e corram o risco sistêmico de sofrerem a prescrição. Toda investigação de abuso de autoridade é intrinsecamente complexa, portanto demorada, não sendo aceitável que esses processos especialmente mais graves fiquem meses parados na pilha de processos “em diligência”, sendo essencial que haja uma diferenciação em sua tramitação para se evitar a prescrição. Vale ressaltar que a essência do controle da atividade policial não está centrada na punição do grande desvio, mas no controle do pequeno desvio, exatamente para que ele não venha a evoluir para o grande desvio.

do *Massacre de Mapiripán*, 15 set. 2005, Série C, n. 134, § 219 e 223; Caso da *Comunidade Moiwana*, 15 jun. 2005, Série C, n. 124, § 203.

³⁴⁶ Nesse sentido, há vasta jurisprudência da CIDH: Caso *Baldeón García*, 6 abr. 2006, Série C, n. 147, § 144; Caso *López Álvarez*, 1 fev. 2006, Série C, n. 141, § 138; Caso *Palamara Iribarne*, 22 nov. 2005, Série C, n. 135, § 184; Caso *Acosta Calderón*, 24 jun. 2005, Série C, n. 129, par. 93; Caso *Yatama*, 23 jun. 2005, Série C, n. 127, § 169; Caso das *Irmãs Serrano Cruz*, 1 mar. 2005, Série C, n. 120, § 75; Caso *Tibi*, 7 set. 2004, Série C, n. 114, § 131; Caso *19 Comerciantes*, 5 jul. 2004, Série C, n. 109, § 193; Caso *Maritza Urrutia*, 27 nov. 2003, Série C, n. 103, § 117; Caso *Juan Humberto Sánchez*, 7 de junho de 2003, Série C, n. 99, § 121; Caso *Cantos*, 28 nov. 2002, Série C, n. 97, § 52; Caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, 21 jul. 2002, Série C, n. 94, § 150; Caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, 31 ago. 2001, Série C, n. 79, par. 112; Caso *Ivcher Bronstein*, 6 fev. 2001, Série C, n. 74, § 135; Caso do *Tribunal Constitucional*, 31 jan. 2001, Série C, n. 71, § 90; Caso *Bámaca Velásquez*, 25 nov. 2000, Série C, n. 70, § 191; Caso *Cantoral Benavides*, 18 ago. 2000, Série C, n. 69, § 163; Caso *Durand y Ugarte*, 16 ago. 2000, Série C, n. 68, § 101; e Caso dos “*Meninos de Rua*” (*Villagrán Morales e outros*), 19 nov. 1999, Série C, n. 63, § 234.

Essa situação deve ser corrigida pela edição de uma norma pelas Corregedorias de Justiça (ou pelo CNJ), no sentido de determinar a aplicação dos art. 13 e 16.1 do Decreto Presidencial n. 40/1991, para estabelecer a prioridade de tramitação dos processos relativos a maus tratos praticados por agentes do Estado, especialmente os casos de abuso de autoridade praticados por policiais, bem como os casos de tortura, grupos de extermínio e de crime organizado integrado por policiais.

5.6.8 A possibilidade de federalização da persecução penal decorrente de crimes graves praticados por policiais no âmbito estadual

A EC n. 45/2004 inseriu um § 5º ao art. 109 da CRFB/1988, para prever que:

Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Esse incidente foi criado em função da pressão de grupos internacionais e locais ligados aos direitos humanos em relação à impunidade de determinados crimes mais graves, como chacinas e grupos de extermínio, com a finalidade de ser um instrumento político-jurídico, de natureza processual penal objetiva, destinado a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional em casos de crimes contra os direitos humanos³⁴⁷. Assim, a aparente exceção aos princípios constitucionais do juiz natural e da vedação de tribunal de exceção são mitigados, à luz do princípio da proporcionalidade, diante da incapacidade dos órgãos estaduais de investigarem e punirem de forma eficiente a grave violação de direitos humanos, a justificar a necessidade e imprescindibilidade da medida.

Há dois requisitos para a federalização de julgamentos: (i) hipótese de grave violação de direitos humanos; (ii) garantia de cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte. Ambas as hipóteses estão previstas no caso de graves violações institucionalizadas na prática policial. Vejamos.

³⁴⁷ Aras, 2005.

A expressão “grave violação de direitos humanos” é um “conceito jurídico indeterminado”, cuja ideia está ligada a uma grave violação sistemática de direitos fundamentais pelo Estado. Como visto anteriormente, a prática de atos de arbitrariedade estatal são graves ofensas aos direitos fundamentais, pois colocam em cheque os próprios fundamentos do Estado de Direito³⁴⁸. Especialmente quando há grupos de extermínio integrados por policiais, há verdadeiramente um grupo armado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, delito inafiançável e imprescritível, cf. art. 5º, XLIV da CRFB/1988. Usualmente tais crimes são praticados em contexto de tortura de agentes estatais, com homicídios ou “desaparecimentos forçados” de seus alvos, que são usualmente pessoas hipossuficientes (moradores de rua, pessoas em estado de extrema pobreza, índios ou outras minorias) ou contra pessoas que se opõem publicamente em defesa dos direitos humanos ou contra a ação dos grupos de extermínio, o que configura claramente uma situação de “grave violação de direitos humanos”.

Em relação à garantia de cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais, verifica-se que a séria ineficiência do Estado brasileiro em responsabilizar casos de grupos de extermínio integrados por policiais pode levar à sua responsabilização em nível internacional por violação de tratados internacionais, em especial diante da CADH e da possibilidade de acionamento perante a CIDH³⁴⁹.

Portanto, o ponto central da admissibilidade de um incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, em casos de grupos de extermínios integrados por policiais, ou de graves violações de direitos humanos institucionalizadas no padrão de atuação policial, estará na demonstração da incapacidade dos órgãos estaduais (Polícia Civil, Ministério Público estadual, Justiça Estadual) de fazerem frente à eficiente investigação e persecução penal de tais delitos, ou seja, omissões sistemáticas, grave deficiência de estrutura, permeabilidade a pressões de poder, corporativismo enraizado, elevado risco dos agentes públicos serem expostos a retaliações da organização criminosa que crie sério risco à efetividade da Justiça, ou ineficiência sistêmica na proteção às testemunhas. Nessa linha, o STJ possui precedentes

³⁴⁸ Subseção 2.1.5.

³⁴⁹ Ver acima, subseção 5.1.3.

admitindo a federalização de casos de grupos de extermínio quando associados a uma grave ineficiência estadual na investigação³⁵⁰.

Segundo Chevigny, utilizar uma força policial para investigar outra é uma forma de incrementar a transparência, fugindo do eventual corporativismo, concluindo que quando a Polícia Civil investiga crimes praticados pela Polícia Militar no Brasil há maior probabilidade de os crimes serem elucidados que quando investigados pela própria PM³⁵¹. Todavia, ele também considera que “a experiência no Brasil sugere que, quando a prática local desvia muito dos padrões internacionais, uma investigação federal pode ser necessária”³⁵².

Todavia, ainda que não ocorra uma plena federalização da competência jurisdicional para punir o desvio policial, há um especial interesse em se contar com o apoio da Polícia Federal para investigar o esquema de corrupção ou violência institucionalizada numa determinada Polícia Civil estadual, com o posterior processamento pela Justiça Estadual. Nessa

³⁵⁰ Em STJ, 3ª S., IDC 1/PA, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 8 jun. 2005, DJU 10 out. 2005, no Caso *Dorothy Stang*, uma militante religiosa foi assassinada por opor-se à atuação de garimpeiros contra índios, reconhecendo que a situação configurava uma grave violação de direitos humanos, todavia o STJ entendeu que havia empenho do Estado membro em concluir as investigações e assegurar a responsabilização criminal, pelo que indeferiu o incidente. Já em STJ, 3ª S., IDC 2/DF, rel. Min. Laurita Vaz, 27 out. 2010, o STJ determinou a federalização do caso do homicídio de vereador notório defensor dos direitos humanos, que denunciava a atuação de grupos de extermínio de “pistoleiros” (ou seja, não necessariamente de policiais), com atentados contra testemunhas no curso do processo. Nesse último caso, consta da ementa da decisão: “[...] 3. A existência de grave violação a direitos humanos, primeiro pressuposto, está sobejamente demonstrado: esse tipo de assassinato, pelas circunstâncias e motivação até aqui reveladas, sem dúvida, expõe uma lesão que extrapola os limites de um crime de homicídio ordinário, na medida em que fere, além do precioso bem da vida, a própria base do Estado, que é desafiado por grupos de criminosos que chamam para si as prerrogativas exclusivas dos órgãos e entes públicos, abalando sobremaneira a ordem social. 4. O risco de responsabilização internacional pelo descumprimento de obrigações derivadas de tratados internacionais aos quais o Brasil anuiu (entre eles, vale destacar, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecido como ‘Pacto de São José da Costa Rica’) é bastante considerável, mormente pelo fato de já ter havido pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com expressa recomendação ao Brasil para adoção de medidas cautelares de proteção a pessoas ameaçadas pelo tão propalado grupo de extermínio atuante na divisa dos Estados da Paraíba e Pernambuco, as quais, no entanto, ou deixaram de ser cumpridas ou não foram efetivas. [...] 5. É notória a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas, reconhecida a limitação e precariedade dos meios por elas próprias. 6. As circunstâncias apontam para a necessidade de ações estatais firmes e eficientes, as quais, por muito tempo, as autoridades locais não foram capazes de adotar, até porque a zona limítrofe potencializa as dificuldades de coordenação entre os órgãos dos dois Estados. Mostra-se, portanto, oportuno e conveniente a imediata entrega das investigações e do processamento da ação penal em tela aos órgãos federais. [...]”. Ver ainda o STF, IDC 3/GO, rel. Min. Jorge Mussi, ajuizado pelo PGR em 10 maio 2013, em relação à federalização das investigações de grupos de extermínios formados por integrantes da Polícia Militar de Goiás. Nesse último caso, o pedido do PGR é amplo para englobar todos os casos de crimes praticados por policiais ou contra moradores de rua, em andamento, arquivados ou que não foram objeto de qualquer investigação criminal.

³⁵¹ Chevigny, 1999:77. Em sentido semelhante, sobre a relevância de “monitores federais”: USCCR, 2000:63.

³⁵² Chevigny, 1999: 80. No Brasil, defendendo que a federalização da persecução penal dos graves desvios policiais é uma possível solução: Lyra *et al.*, 2004:73.

linha, A CRFB/198, art. 144, § 1º, I, permite que a Polícia Federal investigue crimes de competência da Justiça Estadual quando houver “repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei”.

A Lei n. 10.446/2002, art. 1º, III, prevê que a Polícia Federal poderá realizar investigações de crimes de competência da Justiça Estadual quando se tratar de infrações penais “relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte”, bem como se admite no parágrafo único do referido dispositivo outras hipóteses de intervenção da Polícia Federal, mediante autorização do Ministro da Justiça. Um cenário arraigado de desvio de poder pela Polícia, com grupos de extermínio ou esquemas de corrupção institucionalizados, tudo acobertado pelo corporativismo da Polícia local, configura claramente uma séria violação de direitos humanos, já que o Estado brasileiro possui uma obrigação, decorrente de tratados internacionais, de ser eficiente na contenção da arbitrariedade praticada por agentes públicos que detém o poder de uso da força para o exercício de suas funções³⁵³. Melhor seria que nesse caso a própria lei previsse essa legitimação concorrente independentemente de prévia autorização do Ministro da Justiça.

Ademais, a Lei n. 12.850/2013, art. 3º, VIII, prevê a possibilidade de cooperação entre instituições federais e estaduais para a investigação de organizações criminosas, nesse caso independentemente de prévia autorização do Ministro da Justiça. E a lei prevê textualmente a possibilidade dessas organizações serem integradas por policiais (art. 2º, § 7º).

³⁵³ Nesse sentido, ver precedentes da CIDH, considerando os crimes violentos praticados por grupos de policiais como graves violações de direitos humanos: CIDH, Caso *Velasquez Rodriguez*, j. 29 jul. 1988; e o relatório da Comissão da CIDH nos casos Carandiru (Relatório 34/2000, caso 11.291, 13 abr. 2000, § 71-72). Parque de São Lucas (Informe n. 40/2003, Caso 10.301, j. 8 out. 2003, par 207) e Corumbiara (Informe n. 32/2004, cAso 11.556, 11 mar. 2004, § 41). No mesmo sentido é o art. 7º, do PIDCP e art. 12 da CT. O Comitê de Direitos Humanos da ONU, no Comentário Geral n. 31, afirma que “a falta em garantir direitos previstos no Pacto – tal como requerido pelo artigo 2 – faria surgir violações daqueles direitos por parte do Estado, como resultado do Estado permitir ou deixar de adotar medidas ou adotá-las sem a devida diligência para prevenir, punir, investigar ou reparar o dano causado por tais atos praticados por entidades ou indivíduos particulares” (§ 8) e que “Mecanismos administrativos são particularmente exigidos para dar efeito à obrigação geral de investigar alegações de violações prontamente, de modo completo e efetivo, através de órgãos independentes e imparciais. [...] **Um fracasso do Estado-parte em investigar alegações de violações pode, em si mesmo, dar margem a uma violação específica do Pacto.** A cessação de violações em curso é um elemento essencial do direito a um remédio efetivo” (§ 15, grifo nosso).

Portanto, mesmo que não se trate propriamente de uma hipótese tão grave que justifique a federalização do processo criminal como um todo, é possível uma cooperação entre a Polícia Federal e os Ministérios Públicos Estaduais para se investigar graves violações de direitos fundamentais praticadas no âmbito da atividade de Polícia Civil, ainda que de competência da Justiça Estadual. Vale lembrar que o STF admitiu que o Ministério Público requisiute diligências investigativas à Polícia Militar quando se trata de um esquema de corrupção pela Polícia Civil, ante a evidente impossibilidade de confiar-se na própria instituição cujos integrantes estão praticando o delito, de sorte que idêntica solução pode ser dada, *ope legis*, com a Polícia Federal³⁵⁴.

5.7 “*Quis custodiet custos custodiem?*”: o controle do controle

Apesar de nosso tema central ser o controle da polícia pelo Ministério Público, cabe uma breve e final digressão sobre outro tema correlato: se a Polícia vigia as pessoas e o Ministério Público controla a Polícia, então quem controla o Ministério Público? Trata-se do dilema sobre “quem controla o fiscal dos vigias”³⁵⁵.

Com efeito, os integrantes do Ministério Público não são intrinsecamente melhores que os policiais, ou moralmente superiores. É o condicionamento ocupacional que cria as maiores ou menores oportunidades de desvio, nele compreendidos os mecanismos de controles. Como já dito, o Estado de Direito não confia nas pessoas, mas nas instituições e em suas garantias de controle.

Apesar desse não ser nosso tema central, cabe uma breve incursão, pois toda a discussão sobre a relevância constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público poderia ser desconstruída ao argumento simplório de que, apesar de todo esforço para se controlar a polícia, se seu controlador ficasse sem controles a eficiência de todo sistema estaria comprometida.

³⁵⁴ STF, 2ª T., HC 96986/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15 maio 2012.

³⁵⁵ A frase original, “*quis custodiet ipsos custodiem?*”, ou “quem vigia os próprios vigias?”, é atribuída ao poeta romano Juvenal, e remonta ao debate entre Platão e Sócrates sobre o controle do poder, que foi recuperada na discussão moderna sobre a necessidade de separação dos poderes para controles recíprocos. Esse dilema original tem sido utilizado para referir-se ao problema da necessidade de controles sobre a polícia. Ver célebre publicação: USCCR, 1981 (que iniciou a discussão oficial sobre a profissionalização do controle externo da atividade policial nos EUA). Aqui ampliamos a problemática relativa ao controle sobre o controlador do vigia.

Todavia, essa afirmação não é verdadeira. Em primeiro lugar, porque o desvio é sempre residual, e a própria existência do controle é um mecanismo de desinibição do eventual desvio, reafirmando seu caráter “marginal” em relação ao sistema. Assim, apesar de ser virtualmente impossível acabar com toda forma de desvio (dada a natureza intrinsecamente falha dos seres humanos), inclusive do desvio policial, a existência de mecanismos eficientes de controle podem confinar o desvio a situações residuais, que acabem confirmando o caráter de regra geral da integridade policial. Ainda que existam eventuais falhas no sistema de controle (desvios secundários, pois seus operadores também são igualmente falhos), a própria existência de um sistema de controle colabora para a diminuição do risco primário de desvio do órgão controlado.

Em segundo lugar, porque efetivamente existem mecanismos de controle sobre o vigia dos vigias. Aqui propomos recuperar toda a atividade de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, tal qual defendida ao longo do trabalho, e analisar como para cada uma das fases existe (ou deve existir) algum mecanismo de controle. Conforme exposto anteriormente, as diversas atividades do Ministério Público brasileiro no controle externo da atividade policial são: direção processual mediata, fiscalização processual, fiscalização extraprocessual, responsabilização. Para todas as atividades, é possível a ocorrência de um desvio decorrente de ação excessiva ou de omissão.

Antes de adentrar nessa discussão, cabe lembrar que existem órgãos de controle interno e externo da atividade do Ministério Público: as Corregedorias de cada Ministério Público e o Conselho Nacional do Ministério Público, respectivamente. Aliás, o CNMP exerce um controle externo mais intenso que o exercido pelo Ministério Público em relação à Polícia, pois além de investigar ele também poderá aplicar sanções disciplinares diretamente. Ademais, também existem mecanismos processuais de controle da atuação do Ministério Público. O importante ressaltar, por ora, é que o juiz é por definição o órgão de controle dos excessos em geral, mas não lhe pode ser atribuída função de controle das omissões, sob pena de violação do sistema acusatório. Há que se encontrar um controle dentro do próprio Ministério Público para as eventuais omissões de seus integrantes, de forma a respeitar o art. 129, I, da CRFB/1988.

O controle processual de direção abrange o controle sobre as notícias de crimes não encaminhadas ao Ministério Público, o direcionamento da atividade de inteligência criminal ligada ao crime organizado, o direcionamento mediato da investigação através da requisição de diligências, poder de tipificar os fatos na fase investigativa, a titularidade para requerer medidas cautelares, o poder de decidir quanto ao encerramento das investigações e a realização de atos de investigação criminal direta.

O controle das ocorrências que não são encaminhadas ao Ministério Público exige a estruturação de uma atividade constante de fiscalização. Se o Ministério Público é omissor nesse controle, caberia a estruturação de um dever de fiscalizar, com a consequente ação do controle interno (Corregedoria do Ministério Público) para fiscalizar a existência dessa atividade de controle. Ademais, a própria vítima do crime poderá realizar esse controle da atividade policial, levando ao conhecimento do Ministério Público uma situação de omissão na atuação policial. Se mesmo formalmente comunicado, o órgão do Ministério Público quedar-se inerte em tomar alguma providência, essa omissão configurará desvio funcional, a ensejar responsabilização tanto pelo controle interno quanto externo do Ministério Público. Nesse ponto, é difícil verificar um eventual excesso de atuação do Ministério Público, exceto na hipótese de o Ministério Público requisitar investigações de fatos atípicos ou já prescritos, situação na qual o controle do excesso seria reconduzido à possibilidade de impugnação judicial pelo investigado dessa coação ilegal. Vale ressaltar que as situações de dúvida sempre merecem a concessão de liberdade para a investigação, exatamente para se esclarecer os fatos.

A omissão do Ministério Público em controlar as ações preventivas ou de inteligência relacionadas ao crime organizado não impõe diretamente uma situação de ilegalidade, pois a Polícia possui uma atribuição própria para a realização dessa atividade de prevenção ou inteligência criminal. O problema aqui é a ausência de participação do Ministério Público na construção dessa política-criminal e o eventual risco de disponibilidade da ação penal, por via reflexa. A solução está na criação de canais institucionais de comunicação entre Polícia e Ministério Público, que permitam uma adequada integração dessas instituições, independente das idiossincrasias dos ocupantes dos respectivos cargos. A exigência de visitas periódicas às unidades policiais, incluindo reuniões de trabalho, a criação de órgãos especializados no

Ministério Público para centralizarem esse debate e a exigência de relatórios periódicos da atividade de prevenção criminal policial são um início desse caminho.

O direcionamento mediato da investigação pelo Ministério Público pode ter duas formas de desvios: a omissão (não análise das informações já existentes, deixando a investigação sem rumo) e o excesso (exigência de diligências desnecessárias, procrastinando o oferecimento da denúncia, ou na requisição de diligências ilícitas). Na primeira hipótese, é de se destacar que no sistema brasileiro há um duplo e sucessivo controle diretivo: o delegado de polícia controla imediatamente até orientação em sentido diverso e o Ministério Público controla mediamente. Assim, o problema se coloca na situação excepcional de o delegado de polícia deixar de dar um norte claro à investigação e o Ministério Público também se quedar omissor nesse direcionamento, prosseguindo-se a investigação apenas com diretrizes genéricas (seja do delegado aos agentes, seja na requisição do Ministério Público ao delegado) que não dão concretude à linha de investigação. A outra situação ocorre quando o Ministério Público dá um direcionamento à investigação indevido ou procrastinatório. Atualmente não existe solução construída para esses dois problemas de direcionamento. Cremos que o problema pode passar pela solução, *de lege ferenda*, de se atribuir um limite temporal à investigação criminal, o qual, acaso superado, permitiria à vítima ou ao investigado aviar um recurso ou pedido de explicações ao órgão de controle do Ministério Público, o qual exigiria a elaboração de um relatório pelo Promotor de Justiça e uma eventual ação interventiva no caso de omissão constatada. Esse órgão poderia ser a Câmara de Coordenação e Revisão, no âmbito do MPU, ou o Conselho Superior, no âmbito dos Ministérios Públicos estaduais. Vale recordar que na França há um instituto semelhante de pedido de explicações sobre a morosidade da investigação pelo investigado que sofreu prisão cautelar, após o prazo de seis meses (CPP francês, art. 77-2).

O problema também passa pela rediscussão dos limites da “independência funcional”, utilizada muitas vezes como escudo pessoal do promotor de justiça desidioso, para o fortalecimento de canais democráticos de construção da política de atuação institucional ministerial e de maior vinculação do membro a tais diretivas internas³⁵⁶. *De lege ferenda*, seria conveniente o fortalecimento dos enunciados de coordenação das Câmaras de Coordenação ou do

³⁵⁶ Sobre a relevância da direção e coordenação da atividade do Ministério Público na execução da política criminal, v. G.M. Silva, 2013:113.

Conselho Superior, com a obrigação de, na eventualidade de não os seguir, ter o membro que fundamentar concretamente sua posição e comunicar o órgão superior. E as orientações político-criminais deveria ser objeto de relatório público periódico, submetendo-se ao controle democrático do debate público e das deliberações legislativas.

Em situações excepcionalíssimas de reiterada omissão de direcionamento e impulso, poder-se-ia cogitar de uma solução mais “traumática” de afastamento de um órgão do Ministério Público da condução das investigações por interesse público. Mesmo na Itália, onde a independência funcional dos magistrados do Ministério Público alcança sua máxima manifestação no sistema europeu continental, existe o instituto da avocação da atribuição ministerial de condução da investigação em caso de omissão (CPP italiano, art. 371-bis.3.h, art. 372, art. 412.2, 421-bis.2)³⁵⁷. No Brasil, essa solução estaria associada a um processo disciplinar de afastamento das funções. Essa última solução deve sempre ser recebida *cum grano salis*, pois ela acaba interferindo na independência funcional e na inamovibilidade; todavia, entendemos que tais princípios institucionais não são absolutos, pois existem para assegurar a eficiência da atuação ministerial e a vedação de perseguições arbitrárias e assim admitem relativização quando sua razão de ser não está sendo concretamente alcançada. Aqui cabe a mesma discussão sobre a excepcionalidade de afastamento de um magistrado de um processo judicial por interesse público.

Para o caso de requisição de diligências ilícitas, caso se trate de uma clara ilegalidade, o delegado de polícia não estará obrigado a atender à requisição³⁵⁸. Independentemente da situação, a defesa poderá impugnar a eventual requisição ministerial claramente ilegal perante o Poder Judiciário, através de um *habeas corpus* ou mandado de segurança. Esse poder de fiscalização pela defesa, imanente em um sistema garantista, reforça a relevância da publicidade à defesa do investigado como regra geral, exceto as situações residuais em que o conhecimento da medida frustre sua realização.

Quanto ao poder de tipificar os fatos na fase preliminar, ainda que provisoriamente (antes do oferecimento da denúncia, para fins de continuidade das investigações), esse tema não gera maiores problemas de controle, pois essa tipificação na fase

³⁵⁷ Sobre o tema, na Itália, v. Cassiani, 1999.

³⁵⁸ Ver discussão supra no item 3.4.3.2.

das investigações é sempre precária (em relação à acusação definitiva) e estará submetida ao sistema de controle do arquivamento ou do oferecimento da denúncia.

O poder de formular requerimentos de medidas cautelares criminais está relacionado ao poder de direcionamento mediato das investigações. Isso porque se o Ministério Público formula o requerimento, o eventual excesso na demanda será controlado pelo juiz, ao decidir quanto ao deferimento ou não da medida requerida. Aqui o problema está na omissão de requerer a diligência e, portanto, de dar o adequado direcionamento que a investigação exigiria. Em regra, cremos que um sistema de controle garantista concordaria em aceitar que a restrição de direitos fundamentais exige uma dupla atuação (requerimento ministerial e decisão judicial), de sorte que a inação ministerial, diante da inexistência de subsídios para o requerimento, ou por estratégia investigativa, seria um elemento de garantia do sistema contra restrições de direitos desnecessárias. Apenas para situações muito claras de omissões de atuação é que se poderia cogitar do problema ora em discussão, um problema de sacrifício da eficiência da atividade investigativa que se torna especialmente relevante quanto maior for a necessidade de proteção aos interesses protegidos em um caso criminal concreto. E para existir tal omissão, seria relevante a existência de instruções internas de atuação, democraticamente construídas (numa perspectiva tanto interna como externa), de conteúdo objetivo, a guiar a atuação ministerial, o que esbarra no Brasil no problema da conciliação da independência funcional do membro com a unidade institucional na construção da política-criminal. Numa situação extrema de omissão de atuação, cremos que deveria ser aplicada idêntica solução para a hipótese de omissão de direcionamento: a existência de um recurso ao órgão de controle superior do Ministério Público para a supressão da omissão.

Quanto ao poder de encerramento de uma investigação, se ele se exerce pelo oferecimento da denúncia, o eventual excesso está automaticamente submetido ao controle pelo Poder Judiciário, que poderá rejeitar a parte da acusação sem suporte probatório mínimo. Também discorremos no texto quanto ao melhor sistema de controle do arquivamento das investigações, que atualmente está submetido ao escrutínio judicial, para eventual remessa ao PGJ (CPP, art. 28), e defendemos que esse controle interno deveria ser uma regra generalizada, ou seja, deveria haver controle obrigatório dos arquivamentos pelo órgão superior do Ministério

Público, inclusive precedidos de intimação da vítima para eventual impugnação e juntada de razões de reforma.

Em relação aos atos de investigação criminal direta pelo Ministério Público, não existe atualmente solução para a hipótese de omissão em investigar diretamente, isso porque a regra geral é a Polícia executar as investigações criminais e o Ministério Público investigar de forma residual, em casos tópicos. Aqui o controle será político, pela prestação de contas do Ministério Público à sociedade da qualidade de sua atividade de controle diretivo do IP, e por sua decisão de não investigar diretamente, mas deixar a investigação a cargo da Polícia (que é a regra geral). *De lege ferenda*, a lei poderia explicitar determinados crimes que deveriam ou ter um acompanhamento mais próximo pelo Ministério Público da investigação policial, ou mesmo justificarem uma investigação criminal direta mais usual (v.g., corrupção, desvio de verbas públicas, crimes praticados por policiais, crimes envolvendo interesses do alto escalão do Poder Executivo ou de pessoas com elevado poder de influência política e econômica). A solução desse problema passa por uma maior responsabilização do Ministério Público quanto ao fracasso da investigação policial (já que todo poder gera a respectiva responsabilidade).

Caso o Ministério Público decida conduzir diretamente uma investigação criminal direta, os eventuais excessos praticados no âmbito dessa investigação estarão automaticamente submetidos ao escrutínio da Defesa, mediante a garantia de publicidade, e à impugnação judicial, mediante *habeas corpus* ou mandado de segurança. Os desvios funcionais poderão ser corrigidos tanto pelo controle interno (Corregedoria do Ministério Público) quanto externo (CNMP). Um ponto que poderia merecer maior atenção da legislação *de lege ferenda* seria quanto à necessidade de maior controle quanto às sucessivas prorrogações de prazos da investigação criminal direta do Ministério Público e da eventual ausência de adequado direcionamento das investigações. No sistema atual, pela Resolução n. 13/2006 do CNMP, há o dever de comunicar ao Procurador-Geral (ou o “órgão superior”) sobre a instauração do procedimento de investigação criminal (art. 5º) e determina o art. 12, § 1º, da referida resolução que o “órgão superior” deverá manter um “controle atualizado” do andamento dos procedimentos de investigação criminal, controlando as sucessivas prorrogações de prazo (sempre de no máximo 90 dias). Usualmente a operacionalização desse controle se dá com a comunicação da decisão de prorrogação ao “órgão superior” (v.g., art. 13, *caput*, da Resolução n. 60/2005 – CSMPDFT) e

com a correção dos prazos dos procedimentos em andamento através de sistema eletrônico. Todavia, trata-se tão somente de um controle formal de prazos, usualmente sem exame de mérito. Em nossa visão, seria conveniente a criação de um mecanismo que permitisse à vítima ou ao investigado reclamarem ao órgão superior do Ministério Público em relação à inadequada condução do procedimento de investigação, seja quanto à ausência de esclarecimento das linhas de investigação viáveis, a eventual dispersão da atividade investigativa com diligências procrastinatórias e a omissão em denunciar diante de prova suficiente. Especialmente, após um determinado prazo mais dilatado (v.g., um ano), a prorrogação da continuidade da investigação deveria estar condicionada a uma homologação mais fundamentada pelo órgão superior, à luz das justificativas apresentadas pelo órgão ministerial de primeira instância, com algum nível de controle mais efetivo.

No âmbito da fiscalização processual da legalidade das diligências policiais, há um controle simultâneo tanto pelo Ministério Público quanto pelo juiz. Assim, ainda que eventualmente o Ministério Público se quede omissos nesse controle, naturalmente a situação já estará submetida ao controle fiscalizatório pelo magistrado, o qual poderá realizá-lo quando do oferecimento da denúncia, inclusive reconhecendo eventuais provas ilícitas e excluindo-as dos autos. O maior problema aqui está na ausência de densificação normativa dos pressupostos de fato e das garantias procedimentais de controle das diligências policiais investigativas de iniciativa policial, pois esse vazio normativo acaba por esvaziar o conteúdo do controle e enfraquecer o postulado do devido processo legal. Outro problema são as diligências policiais de iniciativa autônoma que usualmente não são documentadas e, portanto, ficam sem controle, como as buscas domiciliares decorrentes de suspeita de flagrante delito que restam frustradas, ou ainda as retenções momentâneas de liberdade. Para essas situações, a regulamentação pelo CNJ ou CNMP da obrigação de controle sobre tais diligências seria relevante para assegurar o seu efetivo exercício.

Quanto à atividade de fiscalização extraprocessual (auditoria) da atividade policial, entendemos que o controle da eventual omissão ou do inadequado direcionamento deve estar submetido ao controle democrático, através dos relatórios anuais de atividades e da aproximação dialógica do Ministério Público com a sociedade civil. Ademais, o excesso de controle pode não ser sadio, na medida em que transmita a mensagem de que o sistema deseja

“pegar” o policial por qualquer mínimo deslize, ensejando uma postura desencorajadora das ações, a fomentar omissões em situações de possível risco e uma possível letargia na eficiência policial. Assim como a prevenção do crime pode se tornar um fator de opressão, na medida em que pode não conhecer limites e acabar aniquilando a liberdade do cidadão, também a prevenção excessiva do desvio policial pode se tornar um fator de opressão ocupacional, sacrificando desnecessariamente a eficiência da segurança pública. Há que se alcançar a maximização tanto da eficiência policial quanto do controle das possíveis arbitrariedades, com regras claras para a atuação policial, com um espaço circunscrito de liberdade de atuação e mecanismos de prestação de contas percebidos como legítimos tanto pela sociedade quanto pelos policiais.

Finalmente, o processo de responsabilização do desvio policial está submetido aos mecanismos de controle usuais do próprio processo penal: as omissões são controladas pelo órgão superior do Ministério Público e os excessos são controlados pelo magistrado.

Esse conjunto de mecanismos de controles internos e externos deve ensejar uma adequada mobilização do Ministério Público em favor da efetividade do controle externo da atividade policial e, por consequência, de todo o sistema persecutório.

CONCLUSÕES

A atividade policial está exposta, por natureza, ao elevado risco de deteriorar-se em graves violações de direitos fundamentais, especialmente em violência, corrupção, fraudes ou omissões. Esses desvios não podem ser explicados apenas na lógica individual (maças podres), mas há razões organizacionais que o fomentam (barril podre). Sem controles efetivos no nível organizacional não é possível controlar o desvio policial.

O desvio policial não pode ser tolerado como um mal necessário. Ele corrói a legitimidade de toda função estatal de promoção da segurança pública e, portanto, é uma área especialmente sensível. O controle do desvio policial está umbilicalmente relacionado com o paradigma do Estado Democrático de Direito, em suas três colunas centrais: (i) é necessário construir limites à atividade estatal de promoção da segurança pública, consistentes no respeito aos direitos fundamentais (considerados na perspectiva negativa de contenção de arbitrariedades e também positiva de promoção da eficiência do valor da segurança); (ii) é essencial que a atividade policial se realize sob o pálio da legalidade, enquanto instrumento de legitimação democrática e de contenção de arbitrariedades; (iii) a democracia impõe que a atividade policial seja realizada de forma transparente e com instrumentos de controle que assegurem uma prestação de contas tanto das políticas de atuação policial (*accountability* institucional), quanto dos eventuais desvios praticados por policiais individuais. O Ministério Público, enquanto órgão constitucional encarregado da defesa do regime democrático, do respeito pelos poderes públicos pelos direitos fundamentais, e da promoção da ação penal, foi expressamente encarregado pelo constituinte originário de exercer o controle externo da atividade policial. Por sua relação direta com o paradigma do Estado Democrático de Direito, o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público é uma verdadeira cláusula pétrea que dá forma às relações entre Ministério Público e Polícia.

Esse controle externo da atividade policial pelo Ministério Público exerce-se na forma de quatro atribuições distintas, mas complementares: (i) controle processual de direção

mediata; (ii) controle processual de fiscalização da legalidade das medidas potencialmente restritivas de direitos fundamentais; (iii) controle extraprocessual de auditoria; (iv) responsabilização do desvio policial.

O controle processual de direção mediata ocorre através do direcionamento da atuação policial pelo Ministério Público. No sistema brasileiro, a Polícia possui uma margem inicial de atuação autônoma (direção imediata pelo delegado de polícia), seguida de um acompanhamento posterior (direção mediata pelo Ministério Público). O poder de direção do Ministério Público deriva do sistema de controles estabelecido pela Constituição e de sua posição enquanto titular da ação penal, já que o inquérito deve ser perspectivado como um instrumento de esclarecimento de uma notícia de fato criminoso destinado a permitir uma decisão de acusação ou não-acusação, exclusiva do Ministério Público. Nesse quadro, o delegado de polícia possui autonomia para realizar determinadas diligências, sempre se presumindo que atua no interesse de esclarecer os fatos (idêntico interesse do Ministério Público), e de forma precária, até manifestação em sentido contrário pelo Ministério Público. Esse poder de direção mediata se exerce pela recepção necessária de todas as notícias de crimes encaminhadas à Polícia, ante a obrigatoriedade de instauração de IP, seguidas pelo poder de definir o andamento das investigações, através do poder de requisitar diligências, de atendimento obrigatório pela autoridade policial, no poder de definir definitivamente a tipicidade dos fatos e sua autoria (arquivamento ou alteração da tipificação inicial) e ainda na titularidade para os requerimentos judiciais de medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais na fase das investigações. Também se exerce pela faculdade de expedir recomendações de atuação à Polícia, com diretrizes gerais de atuação destinadas a assegurar a eficiência da investigação.

O controle processual de fiscalização da legalidade se exerce pela obrigatoriedade de, quando a Polícia tiver autonomia de ação, sempre apresentar ao Ministério Público um relatório da diligência, para controle posterior de seus pressupostos de fato e da adequação dos limites de sua realização concreta, bem como pela exigência de prévia autorização judicial para determinadas diligências. A análise casuística demonstrou que o sistema em prática atualmente no Brasil é de um controle extremamente fraco, com largas brechas de atuação em discricionariedade não regrada, que são potenciais arbitrariedades, em ofensa ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. O estudo apontou áreas de reformas

convenientes *de lege ferenda*, como a participação obrigatória do defensor no interrogatório policial, e a conveniência de gravação de todos os interrogatórios policiais. Todavia, também indicou que há áreas em que já é possível, *de lege lata*, exigir-se um maior controle da atuação policial, como na necessidade de primeiro interrogatório judicial pelo investigado preso (CADH, art. 7.5 e PICDP, art. 9.3), da necessidade de comunicação ao Ministério Público das retenções momentâneas de liberdade (CRFB/1988, art. 5º, LXIV; LC n. 75/1993, art. 10; e CPP, art. 306), nelas incluídas os controles de identificação ou as revistas pessoais que extrapolem o limite do ordinário (com uso da força ou com uma detenção momentânea do abordado), na necessidade de prévia ordem judicial para determinadas formas de intervenções corporais (Lei n. 12.037/2009, art. 3º, IV, c/c parágrafo único, introduzidos pela Lei n. 12.654/2012 e CPP, art. 149, § 1º) e também para a condução coercitiva do investigado (Lei n. 7.960/1989, art. 1º), na necessidade de controle judicial e pelo Ministério Público das buscas domiciliárias realizadas de iniciativa autônoma pela Polícia que não geram apreensões (CPP, art. 245, § 7º, e art. 247; e LC n. 75/1993, art. 3º, “a” e “c”), da necessidade de controle pelo Ministério Público das hipóteses de uso da força seguidas de lesão, morte ou disparo de arma de fogo (CPP, art. 292; Princípios Básicos da ONU sobre o uso da força e armas de fogo, art. 22 e 23; Portaria Interministerial n. 4226/2010, diretrizes n. 10 e 24) bem como de documentação e controle do uso de algemas (CPPM, art. 234 e Súmula Vinculante do STF n. 11). Apesar de ordinariamente não haver controle efetivo em todas essas áreas, elas poderão passar a ser controladas através de uma recomendação do Ministério Público, ou de resolução do CNJ ou CNMP, conforme o caso.

O controle extraprocessual de auditoria deriva da função constitucional do Ministério Público de zelar pelo respeito pelos poderes públicos aos direitos fundamentais, especialmente qualificado pelo dever de controlar externamente a atividade policial. Ele se exerce num conjunto de ações de fiscalização constante da atividade policial como um todo, destinadas a assegurar sua adesão à legalidade e sua eficiência, recomendando a alteração de padrões de atuação potencialmente desviante. Também é um canal de comunicação democrática da Polícia com a sociedade.

A responsabilização do desvio policial pelo Ministério Público dá-se na área criminal e de improbidade administrativa, especialmente diante da possibilidade de investigação direta do desvio policial por ofícios especializados. Há uma tendência internacional de que o

órgão de controle externo da atividade policial possa investigar de forma autônoma o desvio policial, para assegurar a efetividade da responsabilização, que deve informar a atuação do Ministério Público brasileiro. Também há uma comunicação dinâmica entre as atividades de fiscalização processual e da investigação de desvios policiais, fornecendo *inputs* para a atividade de auditoria do padrão de atuação policial, que poderão oferecer as reformas mais duradouras destinadas a se evitar o desvio policial.

Há várias variáveis na complexa equação do controle do desvio policial. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público é uma delas. Ela isoladamente não é suficiente para assegurar que não haverá desvio policial, é essencial que diversas outras variáveis também estejam presentes. Todavia, sem essa atuação do Ministério Público, certamente o desvio policial não poderá ser controlado de forma satisfatória. O paradigma constitucional exige uma Polícia comprometida com os valores democráticos e republicanos e um Ministério Público eficiente no exercício do controle externo da atividade policial.

Como síntese conclusiva do presente trabalho, podemos enunciar as seguintes teses:

Capítulo 1 – A arbitrariedade policial como fenômeno sociológico relevante

1) A atividade policial abrange um conjunto variado de funções, que podem ser sintetizadas em: inteligência, prevenção, repressão, investigação, manutenção da ordem, gestão de crises e de urgências. Uma característica marcante de toda atividade policial é o uso (efetivo ou potencial) da força (poder de coerção) para a realização de suas finalidades.

2) O Brasil possui um passado colonial, imperial e republicano de práticas de violência no controle social formal. Tais práticas foram exacerbadas e institucionalizadas no período da ditadura militar. A redemocratização operada pela CRFB/1988 não logrou êxito em fazer cessar tais práticas de arbitrariedade institucional na atividade policial, pois diversos estudos documentam a persistência de padrões de atuação violentos, corruptos e ineficientes.

3) Não apenas o Brasil, mas praticamente todos os países do mundo documentam problemas relacionados ao desvio policial. Essa constatação afasta a explicação simplista de que o desvio policial é um problema de algumas “maças podres”; em verdade, trata-

se de um problema de barril podre, decorrente de fatores organizacionais que fomentam o desvio policial.

4) O desvio policial pode ser explicado por fatores endógenos, ligados à própria dinâmica da atividade policial, e a fatores exógenos, ligados a demandas securitárias próprias da sociedade do risco e midiaticamente amplificadas.

5) A sociologia das organizações explica porque quando pessoas passam a integrar organizações elas partilham de uma mesma racionalidade que molda suas condutas individuais. Especificamente na atividade policial, a socialização pelos pares possui elevada força de conformação de uma subcultura policial.

6) A subcultura policial valoriza a manutenção da autoridade como um valor central a ser perseguido, tende a normalizar o uso excessivo da força em ambientes socialmente degradados como ritual de manutenção da ordem e ferramenta de eficiência profissional, cria um *status* de alteridade e superioridade entre os policiais e o meio social, fortalece laços de solidariedade entre os policiais, induzindo a lealdades e segredos inapropriados, e tende a normalizar a aplicação de uma “justiça policial imediata”. Essa perspectiva é acentuada quando os dirigentes policiais exigem resultados mas não fiscalizam a forma como tais resultados serão obtidos. Com o tempo, policiais aprendem a violar as regras formais e criar regras de apresentação externa, para maquiar os eventuais desvios. Obviamente, nem todos os policiais partilham na mesma medida dessa subcultura, mas há uma pressão ocupacional para o seu desenvolvimento quando não existem mecanismos adequados de controle.

7) Uma das manifestações da subcultura policial é o código do silêncio, consistente em uma predisposição em não denunciar aos superiores algumas infrações tidas como aceitáveis na subcultura policial, ou, quando chamados a testemunha contra o colega, em afirmar que não se recordam dos fatos ou eventualmente em mentir sobre os fatos para o acobertamento. Esse código se justifica pelo dever de auto-proteção recíproca, pelas sanções informais à delação do desvio e pela omissão continuada de controle; ele gera graves problemas de legitimidade na atuação policial, fomentando a progressão em desvios mais graves.

8) Os desvios policiais podem ser classificados da seguinte forma: **(a) violência policial:** (a1) uso excessivo da força, (a2) ilegalidades de eficiência, (a3) castigo (ou “justiça policial”), (a4) desrespeito, (a5) violência gratuita; **(b) corrupção:** (b1) corrupção tolerada (*light*), (b2) corrupção extorsão, (b3) envolvimento no crime organizado; **(c) fraudes investigativas:** (c1) falsa incriminação de suspeito, (c2) falsa incriminação por retaliação, (c3)

acobertamento de desvios policiais, (c4) acobertamento de terceiros (corrupção); **(d) omissões policiais:** (d1) desestrutura, (d2) incompetência, (d3) omissões dolosas (prevaricação).

9) Há diversos fatores de imunização do desvio policial: (1) normalização do desvio policial pela subcultura policial; (2) situação ordinária de ausência de testemunhas; (3) código do silêncio em relação aos demais policiais; (4) valor especial da palavra do policial; (5) demérito da palavra da vítima; (6) medo de retaliações a vítimas ou testemunhas; (7) minimização do desvio pelas instâncias oficiais de controle; (8) aplicação do princípio *in dubio pro reo* no âmbito da justiça criminal.

10) O reconhecimento da subcultura policial determina a adoção de soluções organizacionais para o desvio policial.

11) O securitarismo, enquanto fator exógeno de fomento de arbitrariedades, está ligado ao reconhecimento de que a sociedade pós-industrial gerou uma sociedade do risco (Beck), criando uma “cultura do medo”, favorecendo a que a pauta da segurança pública se torne central na esfera política.

12) Uma das teorizações dessa tendência securitária no âmbito penal é o chamado “direito penal do inimigo” (Jakobs), segundo o qual a prognose de cometimento de crimes justifica o etiquetamento como inimigo, ou seja, ser objeto de inocuidade, a supressão de garantias, a antecipação da punição como forma de precaução, e o seu não tratamento como pessoa em sentido jurídico.

13) Essas teorias securitárias fomentam a arbitrariedade policial, retirando áreas da proteção judicial e transferindo-as à restrição policial imediata e não controlada (policialização), na progressiva compressão da esfera de privacidade dos cidadãos (panoptismo policial), e a progressiva flexibilização dos critérios de restrição de direitos fundamentais no processo penal (pânico processual).

Capítulo 2 – A atividade policial e seu controle no paradigma do Estado democrático de Direito

14) Há uma tensão complexa entre liberdade e segurança que justifica a necessidade política de mecanismos de controle da atividade policial.

15) Hobbes justificou a criação no Estado na necessidade de promoção de segurança. Todavia, ao não estabelecer limites a essa atividade, ou mecanismos de proteção do indivíduo perante o Estado, acabou possibilitando um Estado absolutista que corrompe a lógica inicial de proteção. Os perigos do despotismo absolutista foram denunciados por Locke, para o qual “seria pensar que os homens são tão tolos que tem o cuidado de evitar os danos que os texugos ou as raposas lhes podem fazer, mas não se importam, mais, confundem com segurança, o serem devorados pelos leões”.

16) A teoria da separação de poderes para controles recíprocos de Locke foi posteriormente desenvolvida por Montesquieu. Tais teorias iluministas de controle das arbitrariedades tiveram eco no sistema penal com Beccaria. O desenvolvimento posterior de filósofos liberais, como Humboldt e Mill, procurou construir limites estreitos à atividade de segurança pública.

17) O desenvolvimento dessas idéias liberais levou à construção do Estado de Direito, enquanto mecanismo de limitação do poder estatal contra ingerências indevidas na esfera de liberdades do cidadão. Uma análise do sentido evolutivo da ideia de Estado de Direito, indica que ela abarca cinco pilares essenciais: (a) legitimidade pelo respeito aos direitos fundamentais da pessoa; (b) legalidade; (c) separação de poderes para assegurar fiscalização recíproca; (d) proteção jurídica; (e) responsabilização. Todos esses aspectos possuem relação direta com a garantia constitucional do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.

18) O paradigma liberal centrava-se apenas na proteção da liberdade do indivíduo contra o Estado e acabava por legitimar a desigualdade fática. Para correção dessa desigualdade, há uma virada ao Estado social, que deve garantir as condições de fruição dos direitos. Essa virada altera a tônica da segurança pública, que passa a ser perspectivada como um dever fundamental do Estado de prevenção de perigos como fator de inclusão social (e, em determinadas situações, também como um direito subjetivo à segurança). O Estado Social reconhece a eficiência da segurança como forma de realização de direitos fundamentais, e acentua a perspectiva preventiva. Todavia, o paradigma social necessariamente complementa-se com o democrático, através da institucionalização de formas procedimentais de participação discursiva na formação das políticas públicas (Habermas).

19) Há conexões internas entre os conceitos de segurança e liberdade, pois a verdadeira segurança pressupõe um espaço de liberdade que permita a fruição de direitos. Há que se ter cuidados quando se fala em restrições à liberdade em nome da segurança, pois sacrifícios

exagerados à liberdade acabam por comprometer a própria qualidade da segurança (Waldron). Não é possível cindir a fruição da segurança, pois se um grupo de cidadãos está inseguro todos estão inseguros.

20) A arbitrariedade policial em nome da segurança gera, em verdade, mais insegurança. Desvios policiais minam a confiança da população na Polícia que contamina sua legitimidade democrática e impedem sua eficiência, pois retira a colaboração do público. Esse padrão desviante causa erosão dos valores democráticos, ao permitir que alguns cidadãos sejam excluídos do conceito de pessoa. Todo abuso tende à metástase e contamina o valor da segurança de todos os integrantes da sociedade.

21) O acento preventivo do Estado social na prognose de perigos – ou do “Estado de Prevenção” (Denninger) – coloca novos problemas sobre os limites do Estado na promoção da segurança. A elevação da segurança (e não a liberdade) como valor primário encerra o sério risco de degradação do Estado de Direito em um Estado de exceção constante (Agamben). Essa dicotomia entre segurança e liberdade provavelmente nunca será resolvida, mas não se pode abandonar a busca do equilíbrio (Bauman).

22) O equilíbrio entre eficiência e proteção contra arbítrios no âmbito dos novos problemas decorrentes das novas formas de criminalidade tem sido solucionado com o recurso ao princípio da proporcionalidade, de acordo com os interesses em jogo em cada situação específica.

23) A defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos é tanto o fim da atividade policial quanto o seu próprio limite. Há dois princípios fundamentais estruturantes da atividade policial, extraíveis da CRFB/1988, art. 144, § 7º: princípio da vedação de arbitrariedades na atividade policial e princípio da eficiência da atividade policial. Ambos se revelam como expressões do dever de proteção do Estado dos direitos fundamentais, proteção contra terceiros (vertente positiva) e proteção contra si mesmo (vertente negativa).

24) Dentre os princípios mais relevantes ligados à vedação de arbitrariedades na atividade policial estão o respeito à dignidade do investigado ou abordado, a proscrição de maus tratos, bem como a proteção aos direitos fundamentais do policial. O TEDH tem desenvolvido uma fértil jurisprudência de limites à atividade policial a partir das cláusulas de proteção à vida e de vedação de maus tratos. A proporcionalidade é a viga-mestra da atividade policial, enquanto mecanismo de solução de conflitos entre direitos fundamentais, sempre imanente na atividade policial (enquanto guia de proficiência e limitador da discricionariedade).

25) Também há princípios fundamentais ligados à eficiência da atividade policial, como o dever fundamental de proteção às vítimas, a eficiência da investigação criminal, o dever fundamental de colaboração de particulares com a atividade policial, capacidade de funcionamento das instituições policiais e dever de cooperação entre as instituições de segurança pública.

26) O devido processo legal está umbilicalmente ligado à ideia de Estado de Direito, na perspectiva de que os cidadãos são livres ao se submeterem às regras que eles mesmos criaram. Ele também está ligado à exigência de lei justa (conforme a Constituição) e à subordinação do Executivo ao Legislativo (democracia). A legalidade possui a função de segurança jurídica, bastião da igualdade, guia e limite da atividade administrativa. Todavia, reconhece-se na atividade preventiva uma erosão da legalidade tradicional, diante de estruturas principialistas e no uso excessivo de conceitos jurídicos indeterminados.

27) A atividade policial é uma área sensível à restrição de direitos fundamentais (urgência, imprevisibilidade, impossibilidade em geral de controle *a priori*, e possibilidade de uso da força) e a discricionariedade não regrada abre a porta de manifestações de arbitrariedade policial. A atividade policial reclama uma concretização mais forte do princípio da legalidade às medidas de polícia restritivas de direitos fundamentais (máxima regulamentação possível, cf. CRFB/1988, art. 144, § 7º) e o reforço de mecanismos de controle posterior dos eventuais espaços de discricionariedade (*accountability*, cf. CRFB/1988, art. 129, VII).

28) O Estado de Direito não se contenta com uma “cláusula geral de polícia” nem tolera espaços de “ilegalidades úteis” na atividade policial, ao contrário, exige ampla regulamentação. Uma análise da legislação brasileira demonstra enorme quantidade de conceitos jurídicos indeterminados no regramento da atividade policial, incompatíveis como o paradigma do Estado de Direito. Urge a edição de uma “lei de atuação policial” no Brasil.

29) A concretização da legalidade policial parte da Constituição, concretiza-se nas leis e avança com a regulamentação administrativa, recomendações de órgãos de controle, com o treinamento policial e posteriormente complementa-se com o controle (interno e externo).

30) O controle da discricionariedade policial passa pela adequada regulamentação dos pressupostos de fato e na previsão das consequências jurídicas (medidas de polícia cabíveis). Não deve haver discricionariedade quanto aos pressupostos de fato; a eventual discricionariedade quanto à escolha dos meios legais à disposição da atividade policial está balizada por princípios constitucionais, entre os quais: a proporcionalidade, a igualdade,

impessoalidade, o princípio da racionalidade e as demais normas de natureza principiológica, bem como a finalidade legal do ato. A legalidade é completada pela previsão de normas procedimentais de garantia, que estabelecem limites de ação e mecanismos de controle que previnem a ocorrência de arbitrariedades (proteção pelo procedimento).

31) A separação de funções ocorre não apenas em entre poderes, mas também dentro dos poderes, como mecanismo orgânico-institucional de controle e fiscalização. A CRFB/1988 estabelece diversos paradigmas de controle externo, como o TCU, CNJ e CNMP, todos abrangendo as funções de fiscalização constante, obrigação de submissão do trabalho do órgão controlado ao crivo do órgão controlador, condução de atividades autônomas de investigação para esclarecer os defeitos do órgão controlado, expedição de ordens para readequação da atividade ao paradigma da legalidade e aplicação de sanções ao órgão controlado. Esse paradigma constitucional de controle externo é a moldura da interpretação do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público (CRFB/1988, art. 129, VII).

32) O paradigma democrático de controle está ligado ao conceito de *accountability*, que se expressa numa predisposição em ser transparente e prestar contas de seus atos, e ser chamado a responsabilizar-se pelas escolhas, bem como uma abertura democrática para a participação popular na construção das políticas pública. Esse dever de prestar contas possui uma perspectiva institucional e outra individual.

33) Na perspectiva institucional, a *accountability* policial significa a institucionalização de canais de comunicação discursiva que permitam ao campo político (Executivo e Legislativo), jurídico (Judiciário, Ministério Público, Ouvidorias) e social (ONGs, Universidades, mídia) debater as políticas públicas de segurança em sentido amplo (a forma de agir da Polícia) e permitir uma governança democrática da Polícia.

34) A *accountability* individual está ligada à fiscalização da execução concreta da política pública, em cada ato policial. Ela se realiza pelo controle interno e externo. O controle interno é realizado pelos pares, supervisores ou órgão central.

35) O controle externo é realizado por agências exteriores à Polícia. Ele pode ser processual (difuso) ou extraprocessual (concentrado). Na perspectiva difusa, além do Ministério Público, ele também pode ser realizado por testemunhas, pelo próprio investigado ou seu defensor, por representantes especiais de organizações, pelo público, e pelo juiz. Na perspectiva concentrada, abrange a atividade de acompanhamento do padrão da atividade policial, de receber denúncias de irregularidades, investigá-las de forma autônoma, promover a

adequada responsabilização e extrair desse processo lições para a produção de “mudanças organizacionais” na atividade policial. No Brasil, a instituição encarregada de exercer o controle externo da atividade policial é o Ministério Público, sem prejuízo da criação de outras.

36) O Ministério Público brasileiro evoluiu de mero acusador criminal e fiscal civil passivo para se tornar hoje um verdadeiro defensor da sociedade, um agente de transformação social destinado a diminuir o hiato entre a realidade e o projeto constitucional. O Ministério Público é uma “instituição-garantia” do sistema de direitos fundamentais e tal configuração dá forma à concretização de sua atribuição de exercer o controle externo da atividade policial.

37) O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público concretiza-se em quatro áreas: controle processual de direção mediata; controle processual de fiscalização; controle extraprocessual de auditoria; promoção da responsabilização.

Capítulo 3 – Análise crítica do sistema brasileiro de controle externo da direção da investigação criminal

38) Em Portugal, a investigação criminal é de titularidade do Ministério Público, sendo a Polícia um órgão auxiliar daquele, atuando sob sua dependência funcional. Os integrantes do Ministério Público são chamados de magistrados, mas pertencem a uma carreira distinta da magistratura judicante. A Polícia recebe a notícia do crime e possui obrigação de encaminhá-la ao Ministério Público, que instaura o inquérito e ordena a prática das medidas necessárias. Todavia, a Polícia possui legitimidade para adiantar-se às instruções específicas e atuar no que for necessário para o esclarecimento dos fatos, seja de acordo com instruções (delegações) genéricas anteriormente expedidas pelo Ministério Público, seja por iniciativa própria (medidas cautelares de polícia). O Ministério Público exerce uma “fiscalização superior” sobre a atividade policial, que abrange o poder de: solicitar informações; ordenar inspeções; emitir diretivas, ordenar sindicâncias por fatos praticados no exercício da função policial investigativa (LOIC, art. 16).

39) Na Itália o Ministério Público dirige a atividade investigativa e dispõe diretamente da Polícia Judiciária. Os integrantes do Ministério Público fazem parte do mesmo quadro da magistratura judicante. Além dos serviços de polícia tradicionais, há seções policiais instituídas dentro de cada unidade do Ministério Público, ainda dentro de um quadro de

dependência apenas funcional, não hierárquica (mas com fortes laços de disposição direta). As notícias de crimes encaminhadas à Polícia devem ser enviadas ao Ministério Público “sem retardo”, mas a Polícia possui iniciativa de investigação mesmo antes de receber orientações do Ministério Público, pressupondo-se que ela atua no interesse processual do Ministério Público de esclarecer a verdade.

40) Na Alemanha o Ministério Público dirige diretamente a investigação criminal, com o auxílio da Polícia. Os seus integrantes são funcionários públicos da “administração da Justiça”, vinculado às diretrizes do Ministério da Justiça, e não se confundem com a magistratura judicante. O Ministério Público expede requisições de atendimento obrigatório e prioritário. Não há regras peremptórias sobre a obrigação de encaminhamento da notícia do crime ao Ministério Público, que deveria ocorrer “sem demoras”, mas nem sempre assim ocorre na prática. A Polícia possui um poder de iniciativa de investigação independente, para as situações que não admitam demora, para adiantar a investigação de crimes e para prevenir a perda de informações.

41) Na Espanha, em regra, a investigação criminal será dirigida por um juiz de instrução, com participação do Ministério Público. A Polícia é diretamente dependente dos juízes e do Ministério Público para a investigação de crimes. No procedimento sumário, para crimes mais graves, há uma participação ativa do juiz de instrução na condução das investigações. Ainda assim, há hipóteses de realização de uma pré-instrução pelo Ministério Público, antes deste acionar o juiz de instrução. No procedimento abreviado, para crimes com penas de até 9 anos, há maior liberdade para a Polícia diligenciar diretamente atos de investigação, sob direção do Ministério Público (ou mediante prévias instruções genéricas deste). Se a Polícia recebe a notícia do crime, há obrigação de informação imediata ao Ministério Público ou ao juiz de instrução. Mesmo antes de receber orientações concretas do juiz de instrução ou do Ministério Público, a Polícia possui legitimidade para realizar “diligências preventivas”, de caráter urgente, devendo comunicar ao juiz ou Ministério Público no prazo máximo de 24 horas.

42) Na França, a regra geral seria a investigação dirigida pelo juiz de instrução. Todavia, para todos os delitos (infrações com pena máxima de até 10 anos), a investigação se realiza através de *enquête préliminaire*, realizada pela Polícia sob direção do Ministério Público e, quando há necessidade de medidas restritivas de direitos fundamentais, este transfere a condução da investigação ao juiz de instrução. Para a decretação da prisão preventiva, haverá intervenção de outro magistrado, o juiz das liberdades. O Ministério Público faz parte da mesma carreira da magistratura, mas está hierarquicamente vinculado às diretrizes do Ministério da

Justiça. O Ministério Público possui o poder de expedir recomendações gerais e requisições em casos concretos, de atendimento obrigatório, bem como o poder de indicar os policiais para se tornarem “oficiais de polícia judiciária”. A atividade policial também está submetida ao controle da *Chambre d’Instruction* (órgão judiciário), que pode aplicar sanções disciplinares aos policiais. Ao receber a notícia do fato, a Polícia deve comunicá-la “sem demora” ao Ministério Público, que possui um sistema de “acompanhamento em tempo real” das investigações (orientações por telefone). Mesmo antes de receber orientações, a Polícia pode conduzir diligências investigativas com relativa liberdade, exceto as restritivas de direitos fundamentais.

43) Na Inglaterra, historicamente, a Polícia tinha grande liberdade para conduzir as investigações, inclusive para iniciar uma acusação. Em 1985 foi criado o Ministério Público inglês (CPS) para manifestar-se sobre os casos já ajuizados pela Polícia ou particulares. Em 2003 o acompanhamento das investigações passou a ser obrigatório e apenas o Ministério Público poderá iniciar uma acusação. O Ministério Público inglês possui subordinação hierárquica às diretrizes do Ministro da Justiça e do Procurador-Geral, que não necessita pertencer à instituição. A Polícia possui forte regulamentação de suas atividades no PACE 1984, mas há grande liberdade para realizar detenção policial de suspeitos. O Ministério Público pode expedir recomendações à Polícia para que o comunique prontamente determinadas notícias de crimes, permitindo-lhe acompanhar tais investigações desde o nascedouro. Experiências recentes caminham para a criação de órgãos mistos entre policiais e procuradores para a investigação de determinados crimes, e investigações autônomas pelo Ministério Público em alguns casos. A Polícia está sob forte controle externo de uma agência de investigação autônoma (IPCC).

44) Foram encontradas em outros países (Suíça, Bélgica, Holanda, EUA, Chile, Argentina, México e órgãos internacionais) tendências semelhantes de o Ministério Público dirigir a investigação, com liberdade inicial de investigação pela Polícia e obrigação de acompanhamento posterior pelo Ministério Público.

45) A análise de direito comparado indica que: (i) o sistema de condução das investigações criminais pelo Ministério Público (Portugal, Itália, Alemanha) é uma tendência (cf. REC(2000)19 do Conselho da Europa); (ii) os sistemas de juiz de instrução (Espanha e França) e da autonomia policial (Inglaterra) estão em regressão; (iii) usualmente para a criminalidade ordinária a Polícia possui mais liberdade de atuação e o Ministério Público atua como um supervisor (mediante recomendações genéricas e intervenções num segundo momento), enquanto que para o paradigma da criminalidade organizada e crimes econômicos há uma participação mais intensa pelo Ministério Público desde o início das investigações, ou mesmo uma

investigação autônoma; (iv) há um interesse especial pelo Ministério Público em receber a notícia do crime para acompanhar desde o nascedouro a investigação criminal e de expedir recomendações genéricas à Polícia para essa atuação inicial independente; (v) há necessidade de melhor regulamentação dos direitos de defesa na fase investigativa, reservando-se o juiz à função de fiscal das pretensões de investigações restritivas de direitos fundamentais.

46) No sistema constitucional brasileiro, o controle externo da atividade policial é consequência lógica da titularidade da ação penal, como garantia de eficiência e racionalidade das investigações, de forma a assegurar a indisponibilidade do futuro exercício da ação penal pela Polícia, já que, como “cabeça sem membros”, o Ministério Público necessita ordinariamente da coadjuvação da Polícia para receber as informações necessárias para promover a ação penal. O princípio acusatório abrange o controle da fase investigativa.

47) O controle externo da atividade policial é também uma garantia contra arbitrariedades, decorrente da função constitucional do Ministério Público de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como da tendência proeminente do Ministério Público no cenário internacional de se tornar um órgão de defesa de direitos humanos em relação à atuação policial.

48) No paradigma constitucional brasileiro, o juiz não deve envolver-se no direcionamento da fase investigativa, devendo atuar como um árbitro imparcial da legalidade das demandas do Ministério Público de restrição de direitos fundamentais do investigado. Não cabe ao juiz direcionar para a efetividade das investigações ou promover a responsabilização de policiais por seus eventuais desvios. Também não cabe ao Ministério Público ter poderes autônomos de restrição de direitos fundamentais na fase das investigações, pois o concurso do juiz para tais restrições é garantia de proteção dos direitos fundamentais (demanda e decisão).

49) A posição do investigado na fase investigativa é de sujeito de direitos, devendo a lei assegurar as necessárias garantias à fiscalização da investigação pelo sujeito passivo e de ter acesso ao Judiciário em caso de desvio.

50) A vítima deve ser vista como sujeito de interesses especiais na fase investigativa, sendo recomendável, *de lege ferenda*, maiores instrumentos de fiscalização por ela da inação estatal nessa fase, numa cisão interna de órgãos do Ministério Público para esse melhor controle.

51) A Polícia é um órgão de coadjuvação do Ministério Público para obtenção de elementos suficientes para a prolação da decisão final do inquérito. É um erro afirmar-se que o

delegado de polícia dirige exclusivamente a investigação criminal no Brasil, pois a própria CRFB/1988 liga o inquérito policial ao Ministério Público (art. 129, VIII) e submete a atividade policial ao controle externo pelo Ministério Público (art. 129, VII). No Brasil há um sistema de liberdade inicial de investigação pela Polícia (30 dias para conclusão do IP), seguido da apresentação do trabalho ao Ministério Público e possibilidade de direcionamento das investigações através de requisição de diligências, de atendimento obrigatório pelo delegado de polícia (CRFB/1988, art. 129, VIII; LC n. 75/1993, art. 7º, II; CPP, art. 13, II). No Brasil, o Ministério Público dirige indiretamente o inquérito policial, mediante suas requisições de diligências, que o aproxima da lógica de direção das investigações de outros países. As próprias expressões “Polícia Judiciária” (Polícia que trabalha para o Sistema de Justiça Criminal) e “delegado de polícia” (aquele que não é o titular, que recebeu uma delegação) indicam nesse sentido.

52) Há um regime de dependência funcional da Polícia ao Ministério Público, na atividade de investigação criminal, pois o regime brasileiro não compactua com os regimes de dependência orgânica ou de independência absoluta. Essa dependência funcional se caracteriza como: (i) a atividade investigativa policial é realizada como um meio para um fim do Ministério Público (decisão de acusação ou não acusação); (ii) inexistência de investigação policial fora do quadro de controle pelo Ministério Público; (iii) toda atividade investigativa policial deve ser submetida ao Ministério Público; (iv) a Polícia possui um dever funcional de obedecer às requisições feitas pelo Ministério Público (verdadeiras ordens de atendimento obrigatório); (v) o destino do trabalho policial (arquivamento ou ação penal) não é decidido pela Polícia, mas pelo Ministério Público.

53) A natureza jurídica do relacionamento entre Polícia e Ministério Público é de coadjuvação interinstitucional, pois a Polícia possui uma competência própria de iniciativa de ação investigativa e o faz sempre no interesse da instituição coadjuvada (o Ministério Público). Afastam-se os paradigmas da competência própria e exclusiva (pois a decisão sobre o fim da investigação não pertence à Polícia) e de competência mediante delegação (pois não se pode negar, no Brasil, que a Polícia não possui uma competência própria de iniciativa de ação, ou que a titularidade da fase investigativa seja integral do Ministério Público, que a delegaria à Polícia).

54) No exercício de suas funções, tanto a Polícia quanto o Ministério Público estão igualmente jungidos pelo dever de atuação objetiva na fase das investigações, ou seja, de atuação impessoal para a descoberta da verdade (confirmação ou refutação da veracidade da *notitia criminis*). O Ministério Público não atua como parte na fase investigativa, pois ainda não

há acusação, mas à proporção que os indícios convergem sobre o suspeito surgem determinadas pretensões de restrições de direitos.

55) Os diversos atos investigatórios policiais submetem-se a controle gradual por parte do Ministério Público. Tais modalidades de iniciativa investigativa policial podem ser classificadas em: (i) atividades de inteligência criminal; (ii) atos de manutenção da ordem pública com reflexos na atividade de investigação criminal; (iii) atividade pré-cautelar; (iv) atividade de produção cautelar de prova; (v) atos investigatórios policiais iniciais de iniciativa própria da autoridade policial; (vi) atos investigatórios policiais de continuação das diligências iniciais; (vii) atos investigatórios próprios realizados pela Polícia em uma atividade guiada por recomendações genéricas *in abstracto*; (viii) atos investigatórios especificamente requisitados pelo Ministério Público à Polícia; (ix) atos investigatórios genericamente requisitados pelo Ministério Público à Polícia num caso concreto; (x) atos investigatórios policiais subsequentes à requisição do Ministério Público à Polícia; (xi) atos investigatórios policiais paralelos às requisições do Ministério Público; (xii) atividade de cumprimento de ordens judiciais.

56) O sistema constitucional brasileiro é compatível como uma reforma infraconstitucional que venha atribuir diretamente ao Ministério Público a direção da atividade investigativa. Esse sistema seria substancialmente mais eficiente ao permitir o encaminhamento imediato da *notitia criminis* ao Ministério Público e o eventual direcionamento das investigações em momento precoce, com o acompanhamento *pari passu* das investigações, preferencialmente sem a paralisação das investigações pela Polícia.

57) A titularidade privativa da ação penal pelo Ministério Público impõe preocupações sobre a enorme quantidade de *notitia criminis* levadas à Polícia brasileira que não gera instauração de IP e, portanto, é subtraída ao conhecimento do Ministério Público.

58) Há cinco requisitos de justa causa para a instauração de inquérito: tipicidade em tese, indícios mínimos da ocorrência do fato criminoso (“procedência das informações”), não estar extinta a punibilidade, não ter sido o suspeito já processado pelo mesmo fato, estarem presentes as condições de procedibilidade.

59) O requisito cognitivo para justificar a instauração de um IP de “procedência das informações” (CPP, art. 5º, § 3º) deve ser lido à luz do art. 129, I, da CRFB/1988 e art. 3º, “d”, da LC n. 75/1993 (interpretação sistemática) para ser entendido como uma “possibilidade minimamente respaldada” de verossimilhança da existência de um fato criminoso (materialidade). Entende-se como tal o fato de uma pessoa dirigir-se à DP para

registrar ocorrência (informação respaldada). Existência de linha de investigação da autoria não é pré-requisito para a instauração do inquérito, nem a comprovação cabal da materialidade. Os indícios mínimos da ocorrência do fato não devem ser hipertrofiados, de forma a impedir investigações ou conduzir a investigações informais. Nessas situações, averiguações preliminares ou “pré-inquéritos” são uma violação do devido processo legal e da garantia de investigação policial sob o controle externo pelo Ministério Público, verdadeira policialização da investigação.

60) Há que se ter cautelar com as denúncias anônimas (delações apócrifas), pois elas podem prestar-se a “denuncismos” irresponsáveis, todavia também não podem ser sumariamente descartadas. O correto será realizar-se uma atividade preliminar de averiguação, para a constatação das informações e posterior instauração de IP por cognição direta. Quando a denúncia anônima contiver informações minimamente fidedignas que exijam continuidade das averiguações para sua confirmação, é mais garantista permitir-se a instauração do inquérito, com os respectivos mecanismos de controle, que alongar uma averiguação preliminar sem controle.

61) O paradigma de investigação do crime organizado alterou o tradicional padrão reativo para criar um novo padrão de investigações pró-ativas, nas quais a obtenção da notícia do crime é uma das principais atividades da própria investigação, por meio de uma atividade constante de monitoramento do fenômeno criminal e detecção de “sinais precoces” para o alerta de possíveis infrações penais. Esse novo paradigma introduz novos problemas de controle da atividade policial, exigindo uma postura mais ativa do Ministério Público na construção das estratégias da atividade preventiva (ou de inteligência), de ter acesso às informações produzidas no âmbito dessa atividade e a regra de que, havendo mínima confirmação da suspeita inicial, a investigação deve prosseguir no bojo de um IP, com os respectivos mecanismos de controle (ou a criação de um novo modelo de investigação que permita ao Ministério Público acompanhar de forma mais próxima essa atividade policial).

62) Nas situações de inquestionável ausência de dúvidas sobre a presença dos requisitos de justa causa para instauração do IP, pode o delegado de polícia deixar de instaurar IP (v.g., atipicidade inquestionável). Todavia, havendo a possibilidade de eventual controvérsia, ainda que mínima, sobre a presença desses requisitos, o correto será submeter a *notitia criminis* à apreciação do Ministério Público. Vigê o princípio *in dubio pro delatio ut dominus litis*.

63) Nas situações residuais de admissibilidade de averiguações preliminares (denúncia anônima, informação sem certeza, ou as investigações pró-ativas do crime organizado), assim que houver uma mínima confirmação da veracidade das informações a investigação deve

prosseguir no bojo de um inquérito, bem como a atividade preliminar não pode exceder os limites da atividade ordinária de segurança pública, ou seja, não se admitem restrições de direitos.

64) Há interesse especial do Ministério Público em controlar as ocorrências que não geram IP, através de: (i) recomendação para se abolir a generalização de averiguações preliminar ao IP; (ii) requisição para que toda ocorrência criminal que não justifique instauração de IP seja encaminhada ao Ministério Público, para controle; (iii) os eventuais (e residuais) casos de averiguações preliminares deverão contar com o controle posterior pelo Ministério Público.

65) A conduta de um delegado de polícia de, dolosamente, decidir não comunicar uma notícia de fato ao Ministério Público, através da competente instauração de IP, amolda-se, em tese, à descrição típica da contravenção penal de omissão de comunicação de crime (LCP, art. 66, I).

66) Caso a Polícia se recuse a receber a *notitia criminis* do cidadão, este poderá procurar diretamente o Ministério Público, devendo este esclarecer o responsável pela omissão.

67) Os poderes de direção pelo Ministério Público da investigação criminal executada pela Polícia podem ser sintetizados nos seguintes: acompanhamento processual obrigatório, acompanhamento pessoal facultativo, poder de acesso aos documentos relacionados à atividade fim, poder de requisição de diligências, participação obrigatória nas perícias que não sejam urgentes, poder de suplementação direta das investigações, poder de expedição de recomendações genéricas de atuação policial para orientação *ex ante*, poder de encerramento das investigações, poder de arquivamento de linhas de investigação, afastamento excepcional da Polícia das investigações, poder de definição da tipicidade na fase investigativa, titularidade para o requerimento em juízo de medidas cautelares e poder de investigação criminal direta autônoma.

68) O cumprimento da requisição de diligências investigatórias formuladas pelo Ministério Público configura um dever funcional do delegado de polícia (CRFB/1988, art. 129, VIII; LC n. 75/1993, art. 7º, II; CPP, art. 13, II), funcionalmente equivalente a uma ordem vinculativa. Apenas em situações residuais de requisição manifestamente ilegal (sem grande complexidade interpretativa) é que o delegado de polícia estará autorizado a não cumprir a requisição ministerial; em hipóteses de controvérsia jurídica, o correto seria o cumprimento da ordem e a solução da controvérsia no âmbito da Justiça, sem prejuízo de eventual consulta prévia sobre a legalidade da diligência ao requisitante. A recusa arbitrária em cumprir diligências investigativas configura, em tese, o crime de prevaricação (CP, 319).

69) O poder de requisição de diligências também abrange o poder de estabelecer prioridades no cumprimento das diligências requisitadas. Também se reconhece princípios constitucionais e legais que orientam a atribuição de prioridades, como: (a) gravidade do crime; (b) situação especial de hipossuficiência da vítima; e (c) situação de risco de reiteração de condutas criminosas.

70) A Polícia possui autonomia técnica e tática para o cumprimento das requisições de diligências formuladas pelo Ministério Público, consistentes no conjunto de saberes policiais necessários para assegurar o melhor resultado na diligência. Especialmente para a prevenção de perigos no curso de diligências, a autonomia tática da Polícia é ampla.

71) O Ministério Público possui o poder de expedir recomendações genéricas de atuação policial, destinadas a guiar a atividade policial antes de uma requisição concreta, com a finalidade de assegurar “a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder” e “a indisponibilidade da persecução penal” (LC n. 75/1993, art. 3º, “c” e “d”). Trata-se de uma manifestação do poder de requisição de diligências à Polícia (CRFB/1988, art. 129, VIII, 1ª parte). Tais recomendações devem ser expedidas por um órgão de cúpula do Ministério Público que sintetize a posição institucional (Câmara de Coordenação ou Conselho Superior).

72) O poder do Ministério Público de encerrar uma investigação abrange o poder de arquivar linhas de investigação que já se mostrem claramente infrutíferas. Essa prerrogativa deve ser exercida de forma moderada, em estágios mais avançados da investigação.

73) Em situações excepcionais, devidamente motivadas, o Ministério Público poderá afastar a Polícia da investigação, mediante instauração de Procedimento de Investigação Criminal (PIC) com cópia integral do IP, e arquivamento deste último (por aplicação analógica da Lei n. 12.830/2013, art. 2º, § 4º), ou ainda pela suplementação direta das informações investigativas enquanto está na posse dos autos do IP (CPP, art. 47).

74) O Ministério Público possui o poder de definir a tipicidade das condutas investigadas. Caso o Ministério Público exare uma tipificação mais grave, que importe na restrição imediata de direitos fundamentais, é lícito ao juiz verificar a adequação dessa tipificação, nos limites de sua função de árbitro imparcial da restrição de direitos fundamentais. Em regra, o magistrado deve ter tolerância com a “pretensão investigativa” do Ministério Público. O indiciamento realizado pelo delegado de polícia (Lei n. 12.830/2013, art. 2º, § 6º) configura uma definição provisória da tipicidade e do suspeito, sujeita à reapreciação pelo Ministério Público. O indiciamento deve ter uma função atributiva de direitos ao investigado, não

de estigmatização social. Não há conflito de atribuições entre delegado de polícia e Ministério Público na definição da tipificação da conduta ou na individualização do suspeito, pois se o Ministério Público discorda da manifestação do delegado de polícia ele deve exarar uma manifestação, a qual prevalece processualmente. Caso o indiciamento não se sustente em indícios suficientes, é admissível sua anulação judicial. *De lege ferenda*, melhor seria que o Ministério Público pudesse corrigir diretamente o indiciamento.

75) A representação policial deve ser objeto de interpretação conforme a Constituição, para ser compreendida como uma comunicação da Polícia ao titular a ação penal, para que este decida quanto ao exercício da ação cautelar criminal. Em situações excepcionais de impossibilidade fática de prévia oitiva do Ministério Público, seria lícito ao juiz decidir com fundamento na representação policial, pressupondo-se que ela é feita no interesse do Ministério Público.

76) O Ministério Público possui o poder de realizar diretamente investigações criminais. Essa possibilidade decorre da titularidade da ação penal (teoria dos poderes implícitos), pela dispensabilidade do IP para o exercício da ação penal no sistema brasileiro, a legitimidade investigatória do Ministério Público no âmbito cível, a atribuição de controle externo da atividade policial, por haver compatibilidade com as práticas de outros países, e por razões de ordem prática ligadas à usual ineficiência da Polícia brasileira, sua permeabilidade a pressões do poder político ou econômico, ou uma urgência pontual.

Capítulo 4 – Controle processual de fiscalização das diligências policiais: deficiências atuais e virtualidades

77) Nas hipóteses em que a Polícia tem liberdade inicial de investigação (que são a regra no Brasil), a atividade policial está submetida a um sistema de controle processual de fiscalização da legalidade *a posteriori* pelo Ministério Público.

78) As diligências restritivas de direitos realizadas incidentalmente a uma inspeção de local de crime devem ser documentadas em relatório para posterior controle pelo Ministério Público.

79) As notificações de comparecimento, com advertência de eventual condução coercitiva e da prática do crime de desobediência, apenas podem ser determinadas no âmbito de

um IP, que é o instrumento que permitirá o posterior controle pelo Ministério Público. Não cabem em sindicâncias preliminares ou na atividade de inteligência, por ausência de previsão legal.

80) A vedação de maus tratos e o direito ao silêncio possuem relação direta com o interrogatório, o qual deve ser perspectivado como uma oportunidade de contraditório antecipado. Elas determinam uma releitura das técnicas de interrogatório à luz dessas diretrizes. Há duas graves deficiências de controle no interrogatório brasileiro: o primeiro interrogatório do preso deveria ser realizado na presença do juiz, cf. PIDCP, art. 9.3 e CADH, art. 7.5 e deveria haver participação obrigatória do defensor no interrogatório.

81) A norma de apresentação pessoal imediata do investigado preso ao juiz possui quatro finalidades básicas: (i) estabelecer um mecanismo de fiscalização judicial imediata de eventuais arbitrariedades praticadas no curso da detenção; (ii) assegurar a possibilidade de autodefesa direta quanto aos fatos investigados, sem possíveis constrangimentos ligados à posição do investigador; (iii) assegurar possibilidade de autodefesa quanto à decisão judicial de manutenção da prisão em flagrante; (iv) estabelecer um mecanismo obrigatório de revisão judicial efetiva da necessidade de manutenção da detenção efetuada pela Polícia.

82) A participação obrigatória do advogado no interrogatório na fase das investigações possui uma dupla finalidade: já assegura a preservação de alguns interesses da defesa nessa fase e atua como um agente de fiscalização contra eventuais desvios praticados durante o interrogatório.

83) Ainda que o interrogatório do investigado preso seja realizado pela Polícia, é recomendável a sua gravação (CPP, art. 405, § 1º), com a finalidade de: (i) prevenção de brutalidades; (ii) proteção de higidez do interrogatório contra alegações espúrias de tortura; (iii) preservação da fidelidade das informações prestadas contra inexactidões da redução a termo.

84) Existem diversas modalidades de “retenção momentânea de liberdade” que estão implícitas na fase investigativa, tais quais: detenção em flagrante delito (até antes da lavratura do APF ou liberação pela assinatura de termo de compromisso no TC); retenção momentânea em caso de suspeita de flagrante para realização de exame pericial que confirme a suspeita; retenção momentânea de pessoas suspeitas na cena do crime; retenção momentânea concomitante a uma revista pessoal ou ao controle de identificação; retenção durante a realização de um ato procedimental (v.g., testemunho); condução coercitiva de testemunha. Elas reclamam melhor disciplina legislativa, *de lege ferenda*. Todas as diligências de prisão em flagrante com

condução coercitiva que posteriormente não são formalizadas devem ensejar documentação e comunicação ao Ministério Público e ao juiz (releitura do CPP, art. 306, § 1º c/c CRFB/1988, art. 5º, LIV e LXIV e art. 129, VII c/c LC n. 75/1993, art. 10). Sempre que for necessário o uso da força para assegurar uma retenção, deve haver documentação da diligência para posterior controle pelo Ministério Público, cf. CPP, art. 292, por analogia.

85) O sistema constitucional brasileiro admite reforma para eventual previsão de detenção policial preventiva, desde que asseguradas adequadas garantias procedimentais de controle pelo Ministério Público e juiz.

86) A condução coercitiva do investigado deve ser realizada sob a forma de “prisão temporária”, sendo a autoridade competente para sua determinação apenas o juiz, cf. Lei n. 7.960/1989, art. 1º. Nesse caso a autoridade competente para ouvi-lo deverá ser o juiz, cf. CADH, art. 7.5 e PIDCP, art. 9.3. Tanto o delegado de polícia quanto o Ministério Público podem determinar condução coercitiva de testemunhas (LC n. 75/1993, art. 8º, I), desde que não seja necessária violação do domicílio para sua realização.

87) O controle de identificação por policiais é uma diligência implícita na LCP, art. 68, que prevê a contravenção de recusa de identificação. A lacuna de regulamentação adequada ofende o princípio da legalidade. Uma análise à luz do princípio da proporcionalidade indica que os pressupostos de fato da medida deverão ser: (i) suspeita de que o abordado é autor de crime; (ii) suspeita de que o abordado é procurado pela Justiça; (iii) suspeita de descumprimento de ordem judicial restritiva de direitos; (iv) suspeita de que o abordado é testemunha de crime. Também são admissíveis controle de identidade de segurança pública (preventivo) ou para fins administrativos. Em regra o controle de identificação não permite condução coercitiva a outro local, exceto na hipótese de fundada suspeita de flagrante delito. Qualquer hipótese de uso da força deve ensejar elaboração de relatório e controle posterior pelo Ministério Público (argumentos idênticos à retenção momentânea de liberdade).

88) A revista pessoal é uma diligência que restringe de forma superficial o direito fundamental à liberdade pessoal, pelo que insere no quadro de proteção de direitos.

89) As revistas de segurança realizam-se numa lógica distinta das revistas de investigação: enquanto para a realização dessas últimas é essencial a existência de indícios da prática de um crime (CPP, art. 240, § 2º, c/c art. 244), nas revistas de segurança não há presença de qualquer indício concreto (prevenção do perigo). É necessária uma adequada regulamentação legal das revistas de segurança.

90) Quando as revistas pessoais atingirem um nível de intromissão agravado à intimidade (áreas internas) e integridade corpórea, serão elevadas à categoria de intervenções corporais, e exigirão prévia decisão judicial (aplicação analógica da Lei n. 12.037/2009, art. 3º, IV, c/c parágrafo único, introduzidos pela Lei n. 12.654/2012, e CPP, art. 149, § 1º).

91) É recomendável uma densificação em regulamentação administrativa dos pressupostos de fato das revistas pessoais, para se evitar abordagens meramente discriminatórias. Deve haver controle posterior pelo Ministério Público das revistas pessoais, sempre que: (i) houver apreensão de bens; (ii) houver resistência passiva e uso da força, ou ainda disparo de arma de fogo; (iii) sempre que houver prática de algum delito incidentalmente à revista (resistência ativa ou desacato); (iv) sempre que houver qualquer restrição de liberdade com deslocamento compulsório o outro local.

92) É inadmissível mero consentimento tácito do morador para realização de busca domiciliar fora do quadro do flagrante delito ou de cumprimento de ordem judicial. O ideal seria que ele fosse prestado por escrito. No caso de busca decorrente de flagrante delito, exige-se uma “elevada probabilidade” para atuação direta pela Polícia, e os casos de “probabilidade ordinária” devem exigir prévia decisão judicial. A busca deve estar vinculada teleologicamente à suspeita que justificou o ingresso no domicílio. No caso de crime permanente decorrente de associação criminosa, se não há urgência, deve-se dar preferência à busca mediante prévia decisão judicial.

93) Apesar da omissão legislativa no Brasil, a busca domiciliar no caso de fundada suspeita de prática iminente de atos de terrorismo ou de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada pode ser reconduzida à autorização constitucional de busca para prestação de socorro a terceiros. Deve-se atentar para o risco de eventual policialização, ante a erosão qualitativa dos critérios cognitivos.

94) Em todas as buscas (judicialmente autorizadas ou de iniciativa policial *ex officio*) deve haver elaboração de auto e remessa posterior ao juízo e ao Ministério Público, para controle (interpretação adequada do CPP, art. 245, § 7º c/c LC n. 75/1993, art. 3º, “d”). Também deve-se reconhecer outras garantias de controle, como o direito do investigado de acompanhar a diligência (CPP, art. 245, § 4º, *a contrario sensu*) e de receber ao final uma cópia do relatório da diligência (CPP, art. 247, por extensão). Sempre que houver uma apreensão, ela deve ser documentada no auto da busca, com posterior controle pelo Ministério Público.

95) O uso da força pela Polícia, no curso de suas diligências investigatórias, deve ser sempre guiado pelo princípio da proporcionalidade, num *iter* gradual de uso da força. Devem ser reconduzidos a esse conceito as diligências potencialmente geradoras de lesões, como o uso de cães, o transporte de presos, as perseguições, a coerção física, e o uso de armas. O paradigma do Estado de Direito impõe que existam mecanismos adequados de controle processual do uso da força pela Polícia, sempre que dela resultar lesão ou quando houver disparo de arma de fogo (CPP, art. 292, c/c Princípios Básicos da ONU sobre o uso da força e armas de fogo, art. 22 e 23, c/c Portaria Interministerial n. 4226/2010 – MJ e SDH, diretrizes n. 10 e 24). O uso de algemas inclui-se nesse conceito (cf. Súmula Vinculante n. 11 do STF).

96) A exclusão das provas obtidas por meios ilícitos representa um contra-incentivo organizacional aos desvios policiais praticados com a finalidade de assegurar a eficiência da investigação criminal. Uma postura ativa do Ministério Público na indicação das provas ilícitas eventualmente produzidas pela Polícia é essencial para o reforço do sistema de proteção de direitos fundamentais, juntamente com outros mecanismos de *accountability*.

Capítulo 5 – Controle de fiscalização extraprocessual da atividade policial: auditoria e responsabilização

97) A estruturação de mecanismos de proteção jurídica contra eventuais arbitrariedades estatais e a efetiva responsabilização dos agentes estatais que praticam desvios são aspectos inerentes ao paradigma do Estado de Direito. A CIDH e o TEDH possuem diversos precedentes considerando que a exigência de adequada punição de policiais por crimes praticados no exercício da função deriva diretamente das convenções de direitos humanos.

98) A ONU possui diversas recomendações relacionadas à necessidade de criação de mecanismos de controle externo da atividade policial, de forma a evitar a ocorrência de desvios policiais. Essas atividades se direcionam a monitorar as ações policiais, receber reclamações por órgãos externos, com poder de investigação independente e promoção da punição, poder de expedição de recomendações à Polícia de correção de falhas e para prestação de contas públicas.

99) Nos EUA, as agências de controle externo da atividade policial são estruturadas no nível local. O Departamento de Justiça federal tem ajuizado ações contra os Estados ou Municípios para conduzi-los à criação de tais programas de controle externo da

atividade policial (*United States Code*, título 42, § 14141). Os demais países de *Common Law* seguem a tendência de criação de agências regionais de controle externo, com poderes de investigação, punição e expedição de recomendações (v.g., IPCC na Inglaterra).

100) Nos países de tradição europeia continental, há uma tendência de a Polícia Judiciária estar sob fiscalização constante pelo Ministério Público (com ações disciplinares promovidas pelo Ministério Público perante a Corte de Apelo, como na Itália e França), e de se criarem agências administrativas de controle externo sobre a atividade policial de segurança pública, além de figuras como um *ombudsman* geral dos serviços públicos que possui especial atuação para a atividade policial (IGAI e Provedor de Justiça em Portugal, *Defensor del Pueblo* na Espanha, *Défenseur des Droits* na França, *Ombudsman Officces* na Alemanha e outros países).

101) Os países da Europa continental tendem a reforçar instrumentos de controle burocrático sobre a Polícia, enquanto na tradição da *Common Law* reforça-se o controle político da comunidade sobre a Polícia, favorecendo-se um controle descentralizado.

102) O fato de o Ministério Público brasileiro não exercer o controle externo administrativo disciplinar não inviabiliza a efetividade deste modelo, pois o Ministério Público pode exercer a responsabilização mediante improbidade administrativa, bem como a maioria dos pequenos desvios recairá no crime de abuso de autoridade.

103) O sistema constitucional brasileiro é compatível com a criação infraconstitucional de uma nova agência de controle externo da atividade policial, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público, para o exercício do controle administrativo disciplinar. Ela deverá ter poderes de investigação autônomos, ser integrada em sua maioria (senão na totalidade) por não-policiais, e deverá ter uma organização estadual (não federal). Um Conselho Nacional de Polícia (PEC 381/2009) não atende a essa demanda. O fortalecimento das Ouvidorias de Polícia (PEC n. 51/2013) atende à demanda.

104) O profissionalismo na auditoria da atividade policial pelo Ministério Público exige a estruturação de um núcleo especializado (Resolução n. 20/2007 do CNMP, art. 3º, II). As áreas de auditoria da atividade policial recaem sobre: (i) informações recebidas na análise processual de inquéritos policiais; (ii) recepção de reclamações contra a atividade policial; (iii) visitas de inspeção periódicas; (iv) acesso a documentos ligados à atividade fim policial, especialmente ocorrências que não geram instauração de IP; e (v) sindicâncias disciplinares que contém notícias de crimes. Em sua atividade de controle externo, o Ministério Público deve zelar

pela lisura do sistema de controle interno (Corregedoria de Polícia) e deverá fomentar um debate democrático sobre as políticas públicas ligadas à atividade policial (governança policial), mediante relatórios públicos periódicos e audiências públicas. Em determinadas situações será admissível a tutela judicial da atividade de controle externo da atividade policial, no caso de resistência imotivada de submissão ao controle.

105) O Ministério Público deve zelar pela implementação de estratégias político-criminais de controle do desvio policial, mediante recomendações, com a finalidade de (i) criação de novas instruções normativas; (ii) revisão das instruções normativas atuais inadequadas; (iii) incremento dos mecanismos destinados a assegurar o efetivo cumprimento das instruções normativas atuais e adequadas, mas repetidamente violadas. Sistemas de intervenção precoce no desvio são indicados pela doutrina como uma estratégia eficiente dessa gestão do risco do desvio policial.

106) Há um mandamento legal de acompanhamento mais próximo pelo Ministério Público, desde o início das investigações, dos crimes praticados por policiais envolvendo organizações criminosas (Lei n. 12.850/2013, art. 2º, § 7º). Essa norma não afasta a regra geral de admissibilidade de realização de investigações diretas pelo Ministério Público.

107) Em sua atividade de investigação criminal direta de desvios policiais, o Ministério Público deverá estar aberto à recepção de representações de cidadãos, deverá estruturar um serviço de investigação próprio capaz de ser suficientemente íntegro, legítimo e com capacidade de aprendizado. Nessa atividade, o Ministério Público poderá utilizar-se das diligências necessárias e legalmente admissíveis para o esclarecimento dos fatos.

108) A perspectiva organizacional do desvio policial permite alguma analogia com a teoria do domínio do fato, especialmente com a imputação de fatos delitivos em estruturas empresariais complexas, pois estão presentes os mesmos problemas de diluição da responsabilidade dentro da organização decorrentes da distribuição de competências. Os superiores da instituição policial possuem o dever de “cuidado, proteção e vigilância”, que se materializa na obrigação de estruturar um sistema de controle minimamente eficaz, e a falha grave em institucionalizar esse controle dá ensejo à sua responsabilização por omissão, numa verdadeira situação de dolo eventual. Diante do dever de garante de todo policial, se ele presencia o desvio claro de outro policial e não impede sua ocorrência quando possível, torna-se co-autor por omissão (co-autoria paralela se não houve prévia unidade de desígnios). Se continua a

proporcionar segurança ao policial que pratica uma agressão ilícita, para evitar reações contra a ação ilegal deste, pois há uma verdadeira co-autoria direta por cooperação na fase executiva.

109) A especial fragilidade da prova do desvio policial impõe cuidados adicionais à proteção dessas provas, como a proteção administrativa ao policial delator, a produção antecipada de provas de testemunhos e o sigilo sobre os dados da vítima no curso das investigações.

110) O policial réu possui o direito ao silêncio no processo penal. Todavia, a omissão na apresentação de uma justificativa ao uso da força pode ensejar a responsabilização administrativa, bem como pode ensejar o não reconhecimento de uma excludente da ilicitude, a acarretar sua condenação criminal.

111) Em situações extremas de risco à ordem pública, são admissíveis a prisão preventiva de policiais, ou seu afastado cautelar do cargo.

112) Em situações de desvios ínfimos, que mais se configuram como um desentendimento pontual entre policial e cidadão, é possível o recurso à mediação como instrumento de solução pacífica de conflitos para o fomento à compreensão recíproca de posições. O mediador deve ter especial formação sobre os desvios policiais.

113) Desvios policiais decorrentes do uso abusivo da força reconduzem-se à figura dos “maus tratos”, pelo que devem ter tratamento processual preferente (CRFB/1988, art. 5º, III c/c CT, arts. 13 e 16.1).

114) No caso de crimes graves praticados por policiais, em que as instituições estaduais não tenham capacidade de fazer frente à adequada persecução penal, é admissível o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (CRFB/1988, art. 109, § 5º), ou ainda a atuação colaborativa da Polícia Federal (Lei n. 10.446/2002, art. 1º, III).

115) O Estado de Direito também exige adequados mecanismos de controle sobre o Ministério Público. As infrações disciplinares são controladas pelo órgão de controle interno (Corregedoria) e pelo CNMP. Os eventuais excessos processuais são controlados pelo juiz. *De lege ferenda*, é recomendável a criação de melhores mecanismos de controle interno por órgão superior das omissões de direcionamento das investigações, como limites temporais e maior espaço de participação da vítima. O atual regime do controle judicial dos arquivamentos (CPP, art. 28) deveria ser substituído por um controle interno obrigatório para todos os arquivamentos. Deve haver relatórios públicos periódicos sobre suas opções político-criminais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce: “The Emergency Constitution”. In: *Yale Law Journal*, v. 113, n. 5, 2004.

ADAMO, Betina da Silva. “Os direitos fundamentais e o sistema de segurança pública: reflexões com base na teoria dos deveres de proteção do Estado”. In: *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília: ESMPU, ano 10, n. 34, jan.-jun., 2011, p. 53-82.

ADORNO, Sérgio. “Crise no Sistema de Justiça Criminal”. In: *Ciência e cultura*, v. 54, n. 1, São Paulo, jun./set. 2002.

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. “Crime, violência e impunidade”. In: *Revista eletrônica de jornalismo científico*, n. 98, 10 maio 2008. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/?section=8&edicao=35&id=420&tipo=1>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGUIAR, Roberto. “É possível construir uma segurança pública sem violência?”. In: D.D. Oliveira, 2001:201-216.

ALBRECHT, Peter-Alexis. “Prevention as a problematic objective in the criminal justice system”. In: Albrecht e Backes, 1989:47-72.

ALBRECHT, Peter-Alexis; BACKES, Otto. *Crime prevention and intervention: legal and ethical problems*. Berlim: Walter de Gruyter, 1989.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código de processo penal*. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2009.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del derecho penal: una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *El allanamiento en el proceso penal*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1962.

ALESSANDRI, Alberto. “I nuovi rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria”. In: *Diritto penale contemporaneo*, Milão, nov. 2011, p. 45-49.

ALEXY, Robert. “Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do Direito de Jürgen Habermas”. In: Frankenberg e Moreira, 2009:119-139.

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: [s.n.], 1998.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed., 3. reimpr. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALFERES, Eduardo Henrique. “Lei 12.037/09: novamente a velha identificação criminal”. In: *Boletim IBCCrim*. São Paulo: RT, ano 17, n. 207, fev. 2010, p. 18-19.

ALIGHIERI, Dante. *Da Monarquia*. São Paulo: Martins Claret, 2003.

ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 3ª ed. v. I. Rio de Janeiro: Tipografia Baptista de Souza, 1920.

ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. *Inteligência e contra-inteligência no Ministério Público: aspectos práticos e teóricos da atividade como instrumento de eficiência no combate ao crime organizado e na defesa dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Dictium, 2009.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. *Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. “O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social”. In: *Revista Jurídica*. Bebedouro/SP: UniFafibe, ano II, n. 1, mar. 2010. Também disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2011.

ALMEIDA, João de. “Direcção do inquérito e relacionamento entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária”. In: *Investigação Criminal*, n. 1, Lisboa: ASFICPJ, fev. 2011, p. 42-65.

ALMEIDA, Jorge Luiz de. “Da condução coercitiva”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 66, v. 505, nov. 1977, p. 283-286.

ALMEIDA, Maria Cândida. “A acção penal e o DCIAP”. In: Valente, 2006:193-208.

ALPERT, Geoffrey P.; DUNHAM, Roger G. *Understanding police use of force: officers, suspects and reciprocity*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2004.

ALSTON, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: study on police oversight mechanisms*. (Relatório apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU: A/HRC/14/24/Add.8), 28 maio 2010. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/137/51/PDF/G1013751.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 21 set. 2011.

ALSTON, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: mission to Brazil*. (Relatório apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU: A/HRC/11/2/Add.2), 23 maio 2009. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/126/22/PDF/G0912622.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 21 set. 2009.

ALSTON, Philip. *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: follow up to country recommendations – Brazil*. (Relatório apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU: A/HRC/14/24/Add.4), 26 maio 2010. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/executions/docs/A.HRC.14.24.Add.4.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2013.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ; José Ramón; RÍUS DIEGO, Francisco José. *La entrada y registro en lugar cerrado: consideraciones procesales, jurisprudenciales y policiales*. Madri: Tecnos, 2009.

ALVES, Cileide. “Polícia vs. O Popular: barra-pesada no jornalismo goiano”. In: *Observatório da Imprensa*, n. 632, 10 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/barrapesada-no-jornalismo-goiano>>. Acesso em: 6 abr. 2011.

ALVES, Renato. “PF investiga se empresários tinham relações com grupo de extermínio”. In: *Correio Braziliense*, 5 maio 2011.

ALVIM, José Eduardo Carreira. “Direito à segurança e dever de segurança: ação civil pública como instrumento de defesa da cidadania”. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 77, p. 85-98, maio-jun. 2006.

AMARAL, Diogo Freitas do. *História das ideias políticas*. v. I. Coimbra: Almedina, 1998.

AMARAL, Thiago Bottino do. “A segurança como princípio fundamental e seus reflexos no sistema punitivo”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 799, 10 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7269>>. Acesso em: 16 mar. 2011.

AMBOS, Kai. *Proceso penal: perspectiva internacional, comparada y latinoamericana*. Cidade do México: Ubijus, 2009.

AMORIM, Carlos. *CV e PCC: a irmandade do crime*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

ANDRADE, Fábio Martins de. *Mídia e poder judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANDRADE, Hanrrikson. “Para especialista, forjar auto de resistência é prática comum no Rio: relembre casos”. In: *Uol Notícias*, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/05/15/para-especialista-forjar-auto-de-resistencia-e-pratica-comum-no-rio-relembre-casos.htm>>. Acesso em: 15 maio 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDRADE, Manuel da Costa. “Métodos ocultos de investigação: *plädoyer* para uma teoria geral”. In: Bonato, 2011:531-550.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das garantias*. Curitiba: Juruá, 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Ronilda. “O protagonismo da polícia e a defesa social”. In: Ratton e Barros, 2007:231-244.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRONIO, Alessandro. “Pubblico Ministero e direzione delle indagini preliminari”. In: Garuti, 2009:241-294.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2011: el estado de los derechos humanos en el mundo*. Madri: Ed. Amnistía Internacional, 2011.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Lettre ouverte sur le cas d’Abou Bakari Tandia*. 22 jan. 2010. Disponível em: < <http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR21/001/2010/en/79a26b90-12b8-4dd2-b5ad-cb576cb0758e/eur210012010fr.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

APRATI, Roberta. “Notizia di reato”. In: Garuti, 2009:4-106.

ARAS, Vladimir. “Federalização dos crimes contra os direitos humanos”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 687, 23 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6762>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

ARAÚJO, Sergei Medeiros. “A improbidade administrativa em razão do descumprimento do dever fundamental de prestar contas”. In: DOVROWLSKI, Samantha Chantal (Org.). *Questões práticas sobre improbidade administrativa*. Brasília: ESMPU, 2011, p. 14-37.

ARISTÓTELES. *Política*. 5ª ed., 1ª reimpr. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martins Claret, 2009.

ARMACOST, Barbara E. “Organizational culture and police misconduct”. In: *George Washington Law Review*, v. 72, 2004, p. 453-545.

ARNS, Dom Paulo Evaristo (Org.). *Brasil: nunca mais*. Petrópolis, Vozes, 2003.

ASENCIO MELLADO, José María. “Prólogo”. In: Cuadrado Salinas, 2010:19-23.

ASHWORTH, Andrew; FIONDA, Julia. “The new code for Crown Prosecutors: prosecution, accountability and the public interest”. In: *Criminal Law Review*, dec. 1994, p. 894-903.

ASSIS, Jorge Cesar, et al. *Lições de direito para a atividade das polícias militares e das forças armadas*. 6ª ed., 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. “Lei Maria da Penha: uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10692>>. Acesso em: 27 set. 2008.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. “O controle penal da imigração em Portugal, Espanha e Itália: a face oculta do neorracismo europeu”. In: *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, v. LI, n. 1 e 2, 2010a, p. 323-402.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. “Pensamento de Ferrajoli não combina com restrição ao MP”. In: *Consultor Jurídico*, 15 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-13/thiago-avila-pensamento-ferrajoli-nao-combina-restricao-mp>>.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A interpretação do “novo” art. 212 do CPP brasileiro: uma contribuição metodológica*. Lisboa: FDUL, 2010c (Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão da disciplina Filosofia do Direito no curso de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, sob co-orientação dos Srs. Profs. Drs. Fernando Araújo e David Duarte).

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Buscas domiciliárias noturnas: manifestação da proporcionalidade ou do direito penal do inimigo?* Lisboa: FDUL, 2010b (Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão da disciplina Direito Penal A no curso de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, sob orientação do Sr. Prof. Dr. Augusto Silva Dias).

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Direito processual penal*. 15ª ed. Brasília: Vestcon, 2009.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. “O procedimento de investigação preliminar no sistema penal espanhol”. In: Misse, 2010:411-422.

BABENCO, Hector (Dir.). *Carandiru*. [filme-vídeo]. Brasil: Globo Filmes *et al.*, 2003. 148 min.

BACKES, Otto. “Criminal justice without legitimacy”. In: Albrecht e Backes, 1989:73-99.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. “Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias”. In: Bonato, 2011:343-363.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BANDEIRA, Lourdes; SUÁREZ, Mireya. “Ordem pública, discriminação e repressão”. In: D.D. Oliveira, 2001:129-150.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARBOSA, Manoel Messias. *Inquérito policial*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2011.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66: a história da polícia que mata*. 28ª ed. São Paulo: Globo, 1994.

BARJA DE QUIROGA, Juan López. “La entrada y registro em domicilio”. In: VVAA. Política criminal y reforma penal: livro homenagem à la memória del Prof. Dr. Juan del Rosal. Madri: Edersa, 1993.

BARKER, Thomas; CARTER, David (Orgs.). *Police deviance*. 3ª ed. Cincinnati, OH: Anderson Publishing Company, 1994.

BARRETO, Ireneu Cabral. “A investigação criminal e os direitos humanos”. In: *Polícia e Justiça* (Revista do ISPJCC), série III, n. 1, Coimbra: Coimbra Ed., jan.-jun. 2003, p. 43-85.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação constitucional e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTARD, Benoit; MOUHANNA, Cristian; ACKERMANN, Werner. *Une justice dans l'urgence: le traitement en temps réel des affaires pénales*. Paris: CNRS, 2012.

BATTIBUGLI, Thaís. “Segurança pública e cultura policial paulista (1946-1964)”. In: Koerner, 2006:83-106.

BAUMAN, Zigmund. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAYLEY, David H. *Democratizing the police abroad: what to do and how to do it*. Washington, DC: National Institute of Justice, US Department of Justice, 2001.

BAYLEY, David H. *Padrões de policiamento*. 2. ed. 1ª reimpr. São Paulo: EDUSP, 2006.

BAYLEY, David H.; SKOLNICK, Jerome H. *Nova polícia: inovações nas polícias de seis cidades norte-americanas*. São Paulo: EDUSP, 2006.

BAYLEY, David. “Preface”. In: GOLDSMITH, Andrew John (Org.). *Complaints against the police: the trend to external review*. Nova Iorque: Oxford, 1991.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BECKER, Howard. *Los extraños: sociología de la desviación*. Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo, 1971.

BENDA, Ernst *et al.* (Orgs.). *Manual de derecho constitucional*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2001.

BENDA, Ernst. “El Estado Social de Derecho”. In: Benda, 2001:487-559.

BENJAMIN, Cid. *Helio Luz: um xerife de esquerda*. Rio de Janeiro: Contraponto e Relume-Dumará, 1998.

BENTHAM, Jeremy. *Theory of legislation*. v. I (theory of legislation; principles of the civil code). Boston: Weeks, Jordan & Co., 1840.

BERTACCINI, Davide. *La política di polizia*. Bolonha: Bononia University Press, 2009.

BIANCHINI, Alice. “Verdade real e verossimilhança fática”. In: *Boletim IBCCrim*, n. 67, jun. 1998.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal brasileiro*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITTNER, Egon. *Aspectos do trabalho policial*. São Paulo: EDUSP, 2003.

BLOCH, Arnaldo. “Tropa de elite é fascista?”. In: *Comunicação & política*, v.25, n. 3, p. 227-244, 2007. Disponível em: <<http://www.cebela.org.br/imagens/Materia/07CIN01%20Tropa%20de%20elite.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

BOBB, Merick, *et al.* *National guidelines for police monitors*. Los Angeles: Police Assessment Resource Center, 2008. Disponível em: <http://www.parc.info/client_files/Monitoring%20Guidelines.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012.

BOBB, Merick, *et al.* *Racial profiling*. Los Angeles: Police Assessment Resource Center, 2002. Disponível em: <<http://www.parc.info>>. Acesso em: 18 out. 2011.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOER, Monica den; FERNHOUT, Roel. *Policing the police: police oversight mechanisms in Europe: towards a comparative overview of ombudsman and their competencies*. Delhi: paper, 2008.

BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORSODI, Benjamin; NTAH, Simon. *The federal code of criminal procedure: a selection of novelties*. Genebra: Schellenberg Wittmer, nov. 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Persecução penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

BOULOC, Bernard. *Procédure pénale*: précis. 22^a ed. Paris: Dalloz, 2010.

BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Paris: Seuil, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. 2^a ed. Trad. Maria José Bernuz Beneitez *et al.* Bilbao: Desclée de Brower, 2001.

BRADLEY, Craig M. (Org.). *Criminal procedure: a worldwide study*. Durham: Carolina Academic Press, 1999.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Comares, 2007.

BRASIL, MPF (Ministério Público Federal). *Roteiro de atuação controle externo da atividade policial*. 2^a ed. Brasília: MPF/2^aCCR, 2012.

BRASIL. MPDFT (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios). *Polícia cidadã: conheça seus direitos e deveres no relacionamento com a polícia*. Brasília: MPDFT, 2009. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/pdf/cartilhas/Cartilha_Policia_Cidada.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2011.

BRASIL. MPF (Ministério Público Federal). *Diretrizes para uma Polícia Cidadã: conheça seus direitos e deveres: Região Centro-Oeste*. Brasília: MPF, 2^a CCR, 2010. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/docs_institucional/eventos/x-encontro/cartilha/cartilha_100_regiao_centrooeste_visualizacao.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2011.

BRASIL. SEDH. *IX Conferência Nacional dos Direitos Humanos*. (evento da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, ocorrido de 29 jun. a 02 jul. 2004) Brasília: SEDH, 2004. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conferenciadh/IX%20Conferência%20DH%20-%20DocumentoFinalb.doc>>. Acesso em: 21 set. 2011.

BRATHOLM, Anders. “Police violence in the City of Bergen: a marathon case concerning the Rule of Law and human rights”. In: *Policing and Society*, v. 15, n. 4, dez. Londres: Routledge, 2005, p. 400-412.

BRAZ, José. *Investigação criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade*. Coimbra: Almedina, 2009.

BRETAS, Marcos Luís. *Ordem na cidade: o cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro, 1907-1930*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

BRODEUR, Jean-Paul. “Le renseignement I: concepts et distinctions preliminaries”. In: Cusson, Dupont e Lemieux, 2007:263-277.

BROWN, Michael K. *Working the street: police discretion and the dilemmas of reform*. Londres: Sage, 1981.

BRUSCHI, Christian. *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*. Paris: PUF, 2002.

BUCKE, Tom. "The Independent Police Complaints Commission". In: NEWBURN, Tim; NEYROUND, Peter. (Orgs.). *Dictionary of policing*. Cullompton: Willians, 2008.

BUISSON, Jacques. *L'acte de police*. Lyon: Université de Lyon, 1988.

BURNS, Ronald G.; CRAWFORD, Charles E. (Orgs.). *Policing and violence*. Nova Jersey: Prentice Hall, 2002.

BUSATO, Paulo César (Org.). *Ler Beccaria hoje*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de resistência constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. "A representação autônoma do delegado de polícia pelas medidas cautelares". In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10883&revista_caderno=3>. Acesso em nov 2012.

CABEZUDO BAJO, María José. *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*. Madri: Iustel, 2004.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. t. I, 6^a ed., 2^a reimpr. Almedina: Coimbra, 2006.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. t. II, 10^a ed., 7^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2004.

CALADO, António Marcos Ferreira. *Legalidade e oportunidade na investigação criminal*. Coimbra: Coimbra, 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. 3, Campinas: Bookseller, 1999.

CALAMANDREI, Piero. "Prefácio". In: BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-America, 1958, p. 1-78.

CALDAS, Paulo; LUNA, Marcelo (Dir.). *O rap do pequeno príncipe contra as almas sebosas*. [filme-vídeo]. Brasil: Raccord Produções, 2000. 75 min. Documentário.

CÂMARA, Guilherme Costa. "Beccaria e o pensamento jurídico-criminal". In: *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 11, n. 44, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2003, p. 301-335.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima do crime*. Coimbra: Coimbra, 2008.

CAMARATE, André. "Relatório atribui a PMs 150 assassinatos". In: *Folha de São Paulo*, 25 mar. 2011.

CAMERON, Iain. "The European Convention on human rights and the use of lethal force by police officers". In: Portugal, IGAI, 2005.

CAMPOS FILHO, Alonso Gomes. "Falta de legitimidade de delegado de polícia para requerer cautelares". In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 47, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1130>>. Acesso em: 5 abr. 2013.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Direitos humanos das mulheres*. Curitiba: Juruá, 2007.

CANAS, Vitalino. "A actividade de polícia e a actividade policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas". In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. v. II. Coimbra: Coimbra, 2011.

CANCIO MELIÁ, Manuel; MARAVER GÓMEZ, Mário. "El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal". In: *Revista CENIPEC*, Mérida (Venezuela): Universidad de Los Andes, n. 25, v. II, jun. 2006, p. 33-121. Disponível em: <<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/23569>>. Acesso em: 08 mar. 2010.

CANO, Ignacio. "Racial bias in police use of lethal force in Brazil". *Police Practice and Research*, 11:1, Londres: Routledge, 2010, p. 31-43.

CANOTILHO, J. J. Gomes. "Terrorismo e direitos fundamentais". In: Valente, 2009a:19-30.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. "Considerações gerais sobre o indiciamento e a identificação criminal do civilmente identificado (Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009)". In: *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 36, abr.-jun., 2010, p. 63-65.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARCANO, Domenico. “Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190, recante 'Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione'”. In: *Diritto Penale Contemporaneo*, Milão, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1353432590RelIII%201112.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

CARDOSO, José Lucas. *A posição institucional do Provedor de Justiça: entre a Assembleia Parlamentar, a Administração Pública e o Cidadão*. Coimbra: Coimbra, 2012.

CARLAN, Philip. E.; BYXBE, Ferris R. “The promise of humanistic policing: is higher education living up to societal expectation?”. In: *American Journal of Criminal Justice*, v. 24, n. 2, p. 235-246, 2000.

CARMO, Rui do. “A autonomia do Ministério Público e o exercício da acção penal”. In: *Revista do CEJ*, n. 1, 2º sem. 2004, p. 103-124.

CARRABINE, Eamonn, *et al.* *Criminology: a sociological introduction*. 2ª Ed. Londres: Routledge, 2009.

CARTUYVELS, Yves. “A Polícia e o Ministério Público na Bélgica: em direção a uma reconfiguração dos poderes?”. In: CNMP, 2011:103-126.

CARUSO, Haydee; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; BLANCO, Antonio Carlos Carballo (Org.). *Polícia, Estado e Sociedade: saberes e práticas latino-americanos*. 1 ed. Rio de Janeiro: Publit Seções Editoriais, 2007, v. 1. Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/livro1.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2011.

CARVALHO, João Ricardo Dias de Sousa. “Corrupção e Polícia: aspectos organizacionais e o papel do comandante de esquadra”. In: *Polícia e Justiça* (Revista do ISPJCC), série III, n. 6, Coimbra: Coimbra Ed., jul.-dez. 2005, p. 115-157.

CARVALHO, José Theodoro Côrrea de. *Tráfico de drogas: prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. “A Constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?”. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Org.). *Temas sobre direitos humanos: estudos em homenagem a Vicente de Paulo Barreto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 99-124.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudo de casos*. Porto Alegre: SAFE, 2008.

CASSIANI, Ambrogio. *Il potere di avocazione: profili ordinamentali dell'ufficio del pubblico ministero*. Pádua: Cedam, 2009.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. "Investigação criminal pelo Ministério Público". In: *Boletim dos Procuradores da República*, v.1, n.11, Brasília, mar. 1999, p. 3-5.

CASTRO, Bruna Abranches Arthidoro de. *A incursão no direito comparado da (in)viabilidade das intervenções corpóreas em sistemas processuais penais: extensão e limites do nemo tenetur se ipsum accusare*. Lisboa: FDUL, 2010. (Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Criminais, orientador Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes).

CASTRO, Catarina Sarmento e. *A questão das polícias municipais*. Coimbra: Coimbra, 2003.

CASTRO, Gustavo A. Paolinelli de. "Direito à segurança pública no Estado democrático de direito : uma releitura à luz da teoria discursiva". In: *Direito, estado e sociedade*, n. 33, p. 70-84, jul.-dez. 2008.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: ICC, 2005.

CAVACO, Paulo Daniel Peres. "A polícia no direito português hoje". In: *Miranda*, 2003(v. 1):65-112.

CAVALCANTE, Mantovani Colares. "A inconstitucionalidade na condução coercitiva do réu para ser interrogado". In: *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, ano 20, nov. 1996, v. 154, p. 72.

CAVALLARO, James. *Police brutality in urban Brazil*. Nova Iorque: Human Rights Watch, 1997. Disponível em: <<http://www.hrw.org/legacy/reports/1997/brazil>>. Acesso em 28 nov. 2011.

CHAN, Janet. *Changing police culture: policing in a multicultural society*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

CHAPPELL, Allison T.; LANZA-KADUCE, Lonn; JOHNSTON, Daryl H. "Law enforcement training: changes and challenges". In: *Dunham e Alpert*, 2010:53-70.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

CHEH, Mary M. "Are lawsuits an answer to police brutality?" In: *Geller e Toch*, 1996:247-272.

CHERMAK, Steven; MCGARRELL, Edmund; GRUENEWALD, Jeff. "Media coverage of police misconduct and attitudes toward police". In: *Policing: an international journal of police strategies and management*, v. 29, n. 2, 2005, p. 261–281.

CHEVIGNY, Paul. "Police accountability in hemispheric perspective". In: Mendes, 1999:69-88.

CHEVIGNY, Paul. *Edge of the knife: police violence in the Americas*. Nova Iorque: New Press, 1995.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale*. 4ª ed. Milão: Utet, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. "A atualidade do pensamento de Beccaria para a (re)construção do processo penal brasileiro". In: Busato, 2009(a):69-82.

CHOUKR, Fauzi Hassan. "O juiz das garantias na reforma do Código de Processo Penal". In: Bonato, 2011:267-276.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Orgs). *Polícia e estado de direito na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHRISTOPHER, W. *Report of the independent commission on the Los Angeles police department*. Los Angeles: City of Los Angeles, 1991.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈRE, Jean-Jacques; FARCY, Jean-Claude (Orgs.). *Le juge d'instruction: approaches historiques*. Dijon: Éditions Universitaires de Dijon, 2010.

CLÈRE, Jean-Jacques; FARCY, Jean-Claude. *Le juge d'instruction: approaches historiques*. Dijon: EUD, 2010.

CLUNY, António Francisco. "O relacionamento da Polícia Judiciária com o Ministério Público e o poder judicial em Portugal". In: *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 16, n. 64, out.-dez. 1995, pp. 67-77.

CNMP. *Revista do CNMP: o Ministério Público e as Polícias em uma perspectiva comparada*. v. 1, n. 2, Brasília, jul.-dez. 2011.

CNPG (Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais). Comissão Preparatória de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial. *Estratégias de ação*. Brasília: CNPG, [2008?].

CNPG (Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais). *Investigações exitosas realizadas pelo Ministério Público brasileiro*. Natal: MP/RN, 2013.

CNPG (Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais). *Manual nacional do controle externo da atividade policial*. 2ª ed. Brasília: CNPG, 2012. Disponível em: <<http://p-web01.mp.rj.gov.br/Arquivos/manual.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2012.

COHEN, Stanley. *Folk devils and moral panics*. 3ª ed. Londres: Routledge, 2004.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. “A ‘Carteirada’ e o seu (des)controle”. In: *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 13 maio 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=2_Valdinei_Coimbra&ver=300>. Acesso em: 13 set. 2011.

COLELLA, Angela. “La Corte ‘condanna’ l'Italia per la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 2 Cedu in relazione all'uccisione di un diciannovenne albanese ad opera di un agente di polizia”. In: *Diritto penale contemporaneo*, Milão, abr. 2011. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/23-/486-corte_edu_sez_ii_sent_29_3_2011_pres_tulkens_ric_n_47357_08_alikaj_e_altri_c_italia/>. Acesso em: 31 mar. 2011.

COLELLA, Angela. “La Francia condannata a Strasburgo per violazione dell'art. 3 Cedu in relazione all'uso eccessivo della forza durante un arresto”. In: *Diritto penale contemporaneo*, nov. 2010. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/193-corte_edu_sez_v_sent_4_11_2010_pres_lorenzen_ric_n_34588_07_darraja_c_francia/>. Acesso em: 30 nov. 2010.

COLLINS, Allyson. *Shielded from justice: police brutality and accountability in the United States*. Nova Iorque: Humans Rights Watch, 1998.

COMISSÃO KNAPP. *Report of the commission to investigate allegations of police corruption and the city's anti-corruption procedures*. Nova Iorque: George Braziller, 1972.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Turim: Utet, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7ª ed. Milão: Giuffrè, 2003.

CORREIA, José Manuel Sérulo. “Medidas de polícia e legalidade administrativa”. In: *Revista Polícia Portuguesa*, n. 87, maio/jun. 1994, p. 2-7.

CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

COSTA, Arthur Trindade *et al.* “A discricionariedade no Sistema de Justiça Criminal: uma análise do inquérito policial no Distrito Federal”. In: *Misse*, 2010:191-236.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. “Como as democracias controlam as polícias: os mecanismos institucionais de controle da atividade policial”. *Novos Estudos. CEBRAP*, v.70, n.3, 2004b, p.65-78.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *Entre a lei e a ordem: violência e reforma nas polícias*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2004a.

COSTA, José de Faria. “As relações entre o Ministério Público e a Polícia: a experiência portuguesa”. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXX, Universidade de Coimbra: Coimbra, 1994, p. 221-246.

COSTA, José de Faria. *Direito penal e globalização*. Coimbra: Coimbra, 2010.

COSTA, José Faria. “Ler Beccaria hoje”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXIV, 1998, p. 89-105.

COSTA, Rogério. “Sociedade de controle”. In: *São Paulo em perspectiva*, n. 18/1, 2004, p. 161-167.

COSTE, François-Louis. “L’instruction: à la recherche des fondamentaux”. In: *Actualité Juridique Pénal*. n. 10, out. 2010, p. 422-425.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COX, Steven M. *Police: practices, perspectives, problems*. Boston: Allyn & Bacon, 1996.

CRANK, John P. *Understanding police culture*. Cincinnati, OH: Anderson, 1998.

CRETELLA Jr., José. *Tratado de direito administrativo*. v. 5: poder de polícia e Polícia. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. “Mandado de segurança: compatibilização entre o sigilo e a publicidade da investigação face à necessidade de preservar-se a integridade física da vítima”. In: *Processo penal pensado e aplicado*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUADRADO SALINAS, Carmen. *La investigación en el proceso penal*. Madri: La Ley, 2010.

CUCCHI, Ilaria. *Vorrei dirti che non eri solo: storia di Stefano mio fratello*. Milão: Rizzoli, 2010.

CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O processo penal à luz do pacto de São José da Costa Rica*. 1. ed., 4. tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

CUNHA, José Manuel Damião da. “Dos meios de obtenção de prova”. In: Valente, 2006:61-80.

CUNHA, José Manuel Damião da. *O Ministério Público e os órgãos de polícia criminal no novo código de processo penal*. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1993.

CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Orgs.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009.

CUSSON, Maurice. “De l’action de sécurité”. In: Cusson, Dupont e Lemieux, 2007:43-57.

CUSSON, Maurice; DUPONT, Benoît. “Introduction générale”. In: Cusson, Dupont e Lemieux, 2007:29-39.

CUSSON, Maurice; DUPONT, Benoît; LEMIEUX, Frédéric (Orgs.). *Traité de sécurité intérieure*. Québec: Ed. Hurtubise HMH e Cahiers du Québec, 2007.

CUSTÓDIO, Rosier B. “Políticas públicas de segurança e o federalismo brasileiro”. In: Ratton e Barros, 2007:245-254.

D’AMBROSIO, Loris; VIGNA, Piero Luigi. *La pratica di polizia giudiziaria*. 6ª ed. Pádua: Cedam, 2003.

DALIA, A. A. (Org.). *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*. Giuffrè: Milão, 2006.

DALLE, H. “Juges et procureurs dans la loi Perben II”. In: VVAA. *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*. Paris: Dalloz, 2004.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

DAMATTA, Roberto. *Considerações sócio-antropológicas sobre a ética na sociedade brasileira*. Informe de Consultoria apresentado ao Banco Interamericano de Desenvolvimento por Roberto DaMatta, 20 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.codigodeetica.es.gov.br/artigos/Etica%20Roberto%20da%20Matta.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2011.

DANET, Jean. “Le juge d’instruction: une institution sur la defensive”. In: Clère e Farcy, 2010:281-300.

DANIELS, Ron. “The crisis of police brutality and misconduct in America: the causes and the cure”. In: Nelson, 2000:240-260.

DARBYSHIRE, Penny. “Criminal procedure in England and Wales”. In: Vogler e Huber, 2008:39-167.

DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary justice: a preliminary inquiry*. Baton Rouge LA: Louisiana State University Press, 1969.

DECOCQ, André; MONTREUIL, Jean; BUISSON, Jacques. *Le droit de la police*. 2ª ed. Paris: Litec, 1998.

DEJOURS, Christophe. *Psicodinâmica do trabalho: contribuições da escola dejouriana à análise da relação prazer, sofrimento e trabalho*. São Paulo: Atlas, 1994.

DELEUZE, Gilles. *Pourparlers*. Paris: Minuit, 1990.

DELMANTO JÚNIOR, Celso. “A apresentação imediata do preso em flagrante ao juiz no combate à tortura”. In: *Tribuna do Direito*, São Paulo, n. 51, 1997.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos penais da Europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille. “A caminho de um modelo europeu de processo penal”. In: *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, ano IX, fascículo 2, 1999, p. 229-243.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Barueri: Manole, 2004.

DELUMEAU, Jean. *História do medo no ocidente 1300-1800 : uma cidade sitiada*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DELUMEAU, Jean. *Rassurer et protéger: le sentiment de sécurité dans l'Occident d'autrefois*. Paris: Fayard, 1998.

DENNINGER, Erhard. "Democracia militante y defensa de la Constitución". In: Benda, 2001:445-485.

DENNINGER, Erhard. "Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade". In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 88, dez. 2003, p. 21-46.

DENNINGER, Erhard. "The Prevention State: the security of the objects of legal protection versus legal security". In: Albrecht e Backes, 1989:29-45.

DESCAMPS, Émile. *Traité des fonctions du ministère public près les tribunaux de première instance*. Bruxelas: Bruylant-Chistophe, 1890.

DI FEDERICO, Giuseppe; SAPIGNOLI, Michele. *Processo penale e diritti della difesa: la testimonianza di 1000 avvocati penalisti*. Roma: Carocci, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS NETO, Theodomiro. *Segurança urbana: o modelo da nova prevenção*. São Paulo: RT, 2005.

DIAS, Augusto Silva. "A experiência Milgram e a responsabilidade jurídico-penal: um ensaio sobre a banalidade do mal". In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (Orgs.). *Direito penal – fundamentos dogmáticos e político-criminais: Homenagem ao Prof. Peter Hünnerfeld*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 211-251.

DIAS, Augusto Silva. "*Delicta in se*" e "*delicta mera prohibita*": uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008a.

DIAS, Augusto Silva. "Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado". In: Monte, 2009:687-708.

DIAS, Augusto Silva. "Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror". In: *Revista ibero-americana de ciência penais*, v.10, nº 18, 2010, p. 39-83.

DIAS, Augusto Silva. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro: ambiente, consumo, genética humana*. Coimbra: Coimbra, 2008b.

DIAS, Augusto Silva; AGUILAR, Francisco. “O provedor de justiça e o processo penal”. In: VVAA, 2008:9-32.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “A ciência conjunta do direito penal: da política criminal, da dogmática jurídico-penal, da criminologia e das suas mútuas relações”. In: Idem. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001, cap. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “A polícia criminal no âmbito do novo CPP”. In: *Revista de Investigação Criminal* (Directoria do Porto da Polícia Judiciária), n. 21, dez. 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “Autonomia do Ministério Público e seu dever de prestar contas à comunidade: um equilíbrio difícil”. In: *Revista portuguesa de ciência criminal*. Coimbra, ano 17, n. 2, abr.-jun. 2007, p. 198 *et seq.*

DIAS, Jorge de Figueiredo. “Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal”. In: Idem. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 87-136.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “Sobre a instituição do Ministério Público, hoje e aqui”. In: M.G. Dias e Mendes, 2013:155-170.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal”. In: VVAA, 1988:3-34.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. (reimpr. da 1ª ed. de 1974). Coimbra: Coimbra, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpr. Coimbra: Coimbra, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Coimbra, 2009.

DIAS, Mário Gomes; MENDES, Carlos Sousa (Orgs.). *Ministério Público: que futuro?* 2ª ed. Lisboa: INCM, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DIXON, David. *A culture of corruption: changing an Australian police service*. Sidney: Hawking Press, 1999.

DONNICI, Luiz Virgílio. *Polícia: guardiã da sociedade ou parceira do crime?* Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DOTTI, René Ariel. “As dez pragas do sistema criminal brasileiro”. In: TUBENCHLAK, James (Org.). *Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001.

DUARTE, David. “A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa do Provedor de Justiça)”. In: *VVAA*, 2008:35-77.

DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DUNHAM, Roger G.; ALPERT, Geoffrey P. *Critical issues in policing: contemporary readings*. 6ª ed. Long Grove, IL: WaveLand Press, 2010.

DUPONT, Benoît. “Policing in the information age: technological errors of the past in perspective”. In: Enders e Dupont, 2001:34-47.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DURKHEIM, Emilie. *O suicídio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. “Rights as trumps”. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p.153-167.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELLISON, Graham; O'REILLY, Conor. “‘Ulster’s policing goes global’: the police reforms process in Northern Ireland and the creation of a global brand”. In: *Crime, Law and Social Change*, v. 50, Springer, 2008, p. 331-351.

ENASP (Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública). *Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país*. Brasília: CNMP, 2012.

ENDERS, Mike; DUPONT, Benoît. *Policing the lucky country*. Sydney: Hawkins, 2001.

ERMANN, M. David; LUNDMAN, Richard L. *Corporate and governmental deviance: problems of organizational behavior in contemporary society*. 5ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.

ESCÓCIA, Her Majesty Chief Inspector of Constabulary. *Independent Review of policing in Scotland*. Jan. 2009. Disponível em: <<http://www.scotland.gov.uk/Publications/2009/01/23133505/10>>. Acesso em: 18 maio 2013.

ESPINA RAMOS, Jorge Ángel. “La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente”. In: ARANGÜENA FANEGO, Coral; SANZ MORÁN, Ángel José (Orgs.). *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 411-421.

ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*. Madri: CGPJ, 1999.

EUZÉBIO, Silvio Roberto Matos. “Ação civil pública para implementação de política de segurança pública”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://juz.com.br/revisa/texto/16507>>. Acesso em: 7 set. 2011.

FARCY, Jean-Claude. “Conclusion. Le juge d’instruction: fin de l’histoire?”. In: Clère e Farcy, 2010:300-316.

FARIA JR., Miguel (Dir.). *A República dos assassinos*. [filme-vídeo]. Brasil: U.C.B., 1979. 100 min.

FARIA, Bento. *Código de processo penal*. v. 2. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2008.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”*: notas sobre a política criminal no início do século XXI. Trad. Bruna Abranches Arthidoro de Castro. Paper, 2010.

FELDENS, Luciano. “O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela”. In: Cunha, Taques e Gomes, 2009:222-243.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDMAN, David J. “England and Wales”. In: Bradley, 1999:91-142.

FENAPEF. *Pesquisa mostra insatisfação na Polícia Federal*. Brasília: FENAPEF, 2013. Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/42954>>. Acesso em: 22 jul 2013.

FERDINAND, Theodore H. "Police attitudes and police organizations: some interdepartmental and cross-cultural comparisons". In: *Police Studies*, v. 3, n. 3, 1980, p. 46-60.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás; GARCÍA BORREGO, José Antonio. *Derecho procesal penal para la policía judicial*. Madri: Dykinson, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. "Fermo di polizia giudiziaria per l'identificazione personale". In: *Dalia*, 2006:235 *et seq.*

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas 1997.

FERREIRA, Manuel Marques. "Princípios fundamentais que se deve pautar a ação policial num Estado de Direito Democrático". In: *Revista Polícia Portuguesa*, n. 102, nov./dez. 1996.

FERRER, Flávia. "O direito à segurança". In: *Revista do Ministério Público*, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 26, p. 109-125, jul.-dez. 2007.

FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. "Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal". In: Idem. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

FINN, Peter. *Citizen review of police: approaches and implementation*. Washington DC: National Institute of Justice, mar. 2001.

FISCHER, Douglas. "Investigação criminal pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade". In: Cunha, Taques e Gomes, 2009:46-71.

FISCHER, Gustave-Nicolas. *A dinâmica social: violência, poder, mudança*. Lisboa: Planeta, 1994.

FITZGERALD, G. E. *Report of a commission of inquiry pursuant to orders in council*. Queensland: Government Printer, 1989.

FLETCHER, Ronald M. “Civilian oversight of police behavior”. In: Palmiotto, 2001:409-414.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Trad. Jorge Guerrero. 3. ed. Bogotá: Temis, 1982, t. I.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Trad. Jorge Guerrero. 3ª ed. t. I. Bogotá: Temis, 1982.

FONSECA, José Carlos. “Direitos, liberdades e garantias individuais e os desafios impostos pelo combate à ‘criminalidade organizada’”. In: ANDRADE, Manuel da Costa *et al.* (Org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 157-205.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Investigação pelo Ministério Público: a questão da imparcialidade*. Disponível em: <<http://www.prse.mpf.gov.br/artigos/imparcialidade2.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2011.

FORST, Rainer. “Jürgen Habermas: facticidade e validade”. In: Frankenberg e Moreira, 2009:179-193.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 28ª ed. São Paulo: Vozes, 2004.

FRANÇA, ENM (École Nationale de la Magistrature). *Fiche technique: le compte rendu telephonique*. Bordeaux: ENM, [s.d.].

FRANÇA, ENM (École Nationale de la Magistrature). *L’instruction preparatoire: principes généraux*. Bordeaux: ENM, 2012.

FRANÇA, LE CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ. *Rapport d’activité 2010*. Paris: Dalloz, 2011.

FRANÇA, LE DÉFENSEUR DES DROITS. *Rapport relatif aux relations police / citoyens et aux contrôles d’identité*. Paris: Le Défenseur des droits, 2012. Disponível em: <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/rapport_controle-identite-final_0.pdf>. Acesso em: 18 maio 2013.

FRANÇA, MJ (Ministério da Justiça). *Les violences au sein du couple: guide de l’action publique*. Paris: Ministère de la Justice et des Libertés (Direction des affaires criminelles et des grâces), 2011.

FRANÇA, SENADO. *L’instruction des affaires pénales*. (Les documents de travail du Sénat). Série législation comparée n. 95, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.senat.fr/lc/lc195/lc195.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2011.

FRANCO, Vito di. *Diritto de polizia e politiche di sicurezza*. 2ª ed. Napoles: Simone, 2009.

FRANKENBERG, Günter. “Crítica al derecho a combatir: tesis acerca del paso de la defensa contra el peligro a la prevención de la criminalidad”. In: *Anuario de Derechos Humanos – Nueva Época*, v. 7, t. 1, 2006, p. 371-386.

FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FREIBERG, Arie. *Post-adversarial and post-inquisitorial justice: transcending tradicional penological paradigms*. Melbourne (Austrália): Monash University, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1609468>. Acesso em: 12 ago. 2010.

FREIRE, Pascoal José de Melo. “Instituições de direito civil português: tanto público como particular”. Trad. Miguel Pinto de Meneses. In: *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 161, dez. 1966, pp. 89-200.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *O Ministério público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. “Uso de algemas: a Súmula Vinculante nº 11, do STF”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1875, 19 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11625>>. Acesso em: 9 ago. 2012.

FYSCHINGER, José Francisco de; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. “A condução coercitiva para ato do interrogatório do acusado preso e o constitucional direito da defesa pessoal negativa”. In: *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 187, jun. 2008, p. 16-17.

GAINES, Larry K.; KAPPELER, Victor E. *Policing in America*. 6ª ed. Cincinnati: Anderson Publishing, 2008.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARFINKEL, Harold. “Conditions of successful degradation ceremonies”. In: *American Journal of Sociology*, v. 61, n. 5, mar. 1956, p. 420 *et seq.*

GARUTI, Giulio (Org.). *Tratatto di procedura penale*, v. 3: indagini preliminari e udienza preliminare. Turim: Utet, 2009.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Brasília: ESMPU Manual de atuação, 2006.

GELLER, William A.; TOCH, Hans (Orgs.). *Police violence: understanding and controlling police abuse of force*. New Haven CT: Yale University Press, 1996.

GEORGEL, Jacques. *Les libertés de communication*. Paris: Dalloz, 1996.

GIL HERNANDEZ, Angel. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madri: Colex, 1995.

GILIBERTO, Andrea. “Monitoraggio ottobre 2011: rassegna di sentenze e decisioni della Corte EDU rilevanti in materia penale”. In: *Diritto penale contemporaneo*, nov. 2011. Disponível em: <http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/23-/1036-monitoraggio_ottobre_2011/>. Acesso em: 18 nov. 2011.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de derecho procesal penal*. Madri: Colex, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GOIFMAN, Kiko. *Atos dos homens*. [filme-vídeo]. Brasil: [s.e.], 2006. 78 min. Documentário.

GOLDMAN, Henrique (Dir.). *Jean Charles*. [filme-vídeo]. Brasil, Inglaterra: Imagem Filmes, 2009. 93 min.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOLDSMITH, Andrew. “Better policing, more human rights: lessons from civilian oversight”. In: Mendes *et al.*, 1999:33-68.

GOLDSMITH, Andrew; LEWIS, Colleen (Orgs.). *Civilian oversight of policing: governance, democracy and human rights*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

GOLDSTEIN, Herman. *Policiando uma sociedade livre*. Trad. Marcello Rollemberg. São Paulo: EDUSP, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William, *Crime organizado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. “Limites constitucionais da investigação: especial enfoque ao princípio da presunção de inocência”. In: Cunha, Taques e Gomes, 2009:244-263.

GOMES, Luiz Flávio. “O uso de algemas no nosso país está devidamente disciplinado?”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2921>>. Acesso em: 8 ago. 2012.

GOMES, Luiz Flávio. *STF confirma poder de investigação do MP*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Publicado em: 3 dez. 2009. Acesso em: 24 ago. 2010.

GOMES, Rodrigo Carneiro. “Roteiro prático do inquérito policial”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 952, 10 fev. 2006. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/7944>>. Acesso em: 22 set. 2011.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “El fiscal instructor”. In: *Revista Justicia*, Barcelona, 1996, p. 256-286.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “La instrucción del proceso penal por el Ministerio fiscal : aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”. In: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José-Luis (Orgs.). *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Castelló de la Plana: Publicaciones de la Universitat Jaume I, 1997, p. 459-496.

GÓMEZ COLOMER, Juaz-Luis. “Estado democrático e modelo policial: uma proposta de estrutura para obter uma investigação eficaz do crime”. In: Choukr e Ambos, 2004:93-110.

GÓMEZ COLOMER, Juaz-Luis. *El proceso penal alemán: introducción y normas basicas*. Barcelona: Bosch, 1985.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de processo penal anotado: legislação complementar*. 17ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa. “Polícias e forças de segurança: o que é que a psicologia pode fazer por elas”. In: *Polícia e Justiça* (Revista do ISPJCC), série III, n. 3, Coimbra: Coimbra Ed., jan.-jun. 2004, p. 119-132.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Colex, 1990.

GOODEY, Jo. "Immigrants as crime victims in the European Union: with special attention to hate crime". In: McDonald, 2009:147-162.

GÖSSEL, Karl Heinz. "La búsqueda da verdad en el proceso penal: aspectos juridico-constitucionales y politico-criminales". In: *Cuadernos de política criminal*, n. 45, 1991.

GÖSSEL, Karl Heinz. "La prueba ilícita en el proceso penal". *Revista de derecho penal*. Editorial Rubinzal Culzoni, n. I, ano 2001. Disponível em: <http://www.rubinzal.com.ar/revistas/penal/garantias_constitucionales-e_1.htm>. Acesso em: 16 out. 2011.

GÖSSEL, Karl Heinz. "Ministerio Fiscal y policia criminal en el procedimiento penal del estado de derecho". In: *Cuadernos de política criminal*, Madri, n. 60, 1996, p. 611-632.

GÖSSEL, Karl-Heinz. "Ministério Fiscal y Policía criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho". In: *Cuadernos de política criminal*, n. 60, 1996, p. 611-632.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAHAM, Richard. *Clientelismo e política no Brasil do século XIX*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Luís. "Sobre o chamado direito penal do inimigo". In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 7, dez. 2005, p. 211-247.

GRECO, Rogério. *Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

GRIMM, Dieter. "Constitutional observations on the subject of prevention". In: Albrecht e Backes, 1989:13-28.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

GUARNIERI, Jose. *Las partes en el proceso penal*. Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmática delle fonti*. Milão: Guiffre, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Habeas corpus nº 91.952: desproporcionalidade da utilização de algemas”. In: *Ministro Marco Aurélio Mello - acórdãos: comentários e reflexões*. Campinas: Millennium, 2010, p. 269-277.

GUÉRY, Christian. “De la verité absolue à la clarification préalable: pour une nouvelle définition des missions du magistrat instructeur”. In: *Actualité Juridique Pénal*. n. 10, out. 2010, p. 425-427.

GUÉRY, Christian; CHAMBON, Pierre. *Droit et pratique de l’instruction préparatoire*. 7ª ed. Paris: Dalloz, 2009.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Manuel - procédure pénale*. 5ª ed. Paris: Lexis Nexis, 2009.

GUSMÃO, Fábio. *Dona Vitória da Paz*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2006.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. “Sobre a legitimação baseada nos Direitos Humanos”. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, ago.-dez. 2000, p. 190-208.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 vv. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. “Remarks on Enhard Denninger’s triad”. In: *Constellations*, v. 7, n. 4, Oxford: Blackwell Publishers, 2000.

HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

HAGEN, Acácia Maria Maduro. *O trabalho policial: estudo da Polícia Civil do estado do Rio Grande do Sul*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

HASSEMER, Winfried. “La Policía en el Estado de Derecho”. In: Idem. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal* Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanc, 1999, pp. 249-294.

HASSEMER, Winfried. “Limites da intervenção penal em tempos de terrorismo”. In: *Lusíadas*, série II, n. 4/5, Lisboa: Universidade Lusíada Ed., 2007.

HASSEMER, Winfried. *A segurança pública no estado de direito*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. “Límites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones”. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, ano 6, n. 23, jul.-set. 1998, pp. 25-30.

HATCH, David E.; DICKSON, Randy. *Officer-involved shootings and use of force: practical investigative techniques*. 2ª ed. Nova Iorque: CRC Press, 2007.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. 2ª ed. Paris: Recueil Sirey, 1929.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HENRY, Alistair; SMITH, David J. *Transformations in policing*. Burlington: Ashgate, 2007.

HESSE, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales”. In: VVAA. *Manual de derecho constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HÜNERFELD, Peter. “La phase préparatoire du procès pénal en République Federale d’Allemagne”. In: *Revue internationale de droit pénal*, 1985, ano 56, p. 121-150.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Claret, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. *The elements of Law, natural and politics*. [s.l.: s.n.], 1640. Disponível em: <<http://www.constitution.org/th/elements.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2010.

HØIGÅRD, Cecilie. “Denmark, Norway and Sweden: extensive works and broad themes”. In: Ponsaers, Tange e van Ostrive, 2009:325-377.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro*. São Paulo: FGV, 1997.

HOLMES, Malcolm; SMITH, Brad W. *Race and police brutality: roots of an urban dilemma*. Albany: State University of New York Press, 2008.

HOMEM, António Pedro Barbas. *O espírito das instituições: um estudo de história do Estado*. Coimbra: Almedina, 2006.

HUART, Isabelle; PLAIE, Thierry; FONTAINE, Roger. “L’orientation morale différente entre les polices et les magistrats: en quoi des divergences de positions existent-t-elles?”. In: *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*. Genebra: AICLF, v. LXII, n. 3, 2009, jul.-set.

HUBER, Barbara. “Criminal procedure in Germany”. In: Vogler e Huber, 2008:269-369.

HUGGINS, Martha K.; HARITOS-FATOUROS, Mika; ZIMBARDO, Philip G. *Operários da violência: policiais torturadores e assassinos reconstroem as atrocidades brasileiras*. Brasília: UnB, 2006.

HUMBOLDT, Wilhelm Von. *Os limites da acção do Estado*. Trad. Fernando Couto. Porto: Rés, 1990.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

IBOPE. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil*. Brasília: Conamp, 2004.

ICHINO. “L’attività di polizia giudiziaria”. In: AIMONETTO, Maria Gabriella (Org.). *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*. Turim: Utet, 1999.

IGNACIO ANITUA, Gabriel. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

ILUMINATI, Giulio. “Giudizio”. In: CONSO; GREVI (org.). *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 2000.

INBAU, Fred E. *et al.*, *Criminal interrogation and confessions*. 5^a ed. Burlington (MA): Jones & Bartlett Learning, 2013.

INGLATERRA, PACE 1984 (Police and Criminal Evidence Act). Code A: Code of practice for the exercise by police officers of statutory powers of stop and search. Disponível em: <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100413151426/http://police.homeoffice.gov.uk/publications/operational-policing/pace-code-a-amended-jan-20092835.pdf?view=Binary>>. Acesso em: 9 abr. 2003.

IPCC, Independent Police Complaints Commission (UK). *Confidence in the police complaints system: a survey of the general population in 2011*. Londres: IPCC, jun. 2011b. Disponível em: <http://www.ipcc.gov.uk/en/Pages/public_confidence.aspx>. Acesso em: 14 set. 2011.

IPCC, Independent Police Complaints Commission (UK). *Police Complaints: statistics for England and Wales 2009/10*. Londres: IPCC, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.ipcc.gov.uk/en/Pages/stats.aspx>>. Acesso em: 14 set. 2011a.

IPCC, Independent Police Complaints Commission (UK). *Police road traffic incidents: a study of cases involving serious and fatal injuries*. Londres: IPCC, jul. 2007. Disponível em: <http://www.ipcc.gov.uk/en/Pages/reports_rti.aspx>. Acesso em: 14 set. 2011.

IPCC, Independent Police Complaints Commission (UK). *Tasers*. Londres: IPCC, nov. 2008. Disponível em: <http://www.ipcc.gov.uk/en/Pages/reports_firearms.aspx>. Acesso em: 14 set. 2011.

IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). *Pesquisa SIPS (Sistema de Indicadores de Percepção Social): segurança pública*. Brasília: IPEA, 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/120705_sips_segurancapublica.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2013.

ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaats*. Berlim: Walter de Gruyter, 1983.

IVKOVIĆ, Sanja Kutnjak; SHELLEY, Tara O'Connor. "The police code of silence and different paths towards democratic policing". *Policing and Society*, v. 18, n. 4, Londres: Routledge, dez. 2008, p. 445-473.

IVKOVIĆ, Sanja Kutnjak *et al.* "Controlling police corruption: the Croatian perspective". In: *Police Practice and Research*, v. 3, n. 1, 2002, p. 55-72.

IVKOVIC, Sanja Kutnjak. *The fallen blue knights: controlling police corruption*. Harvard Law School (Tese de doutorado). 2002.

IVKOVIĆ, Sanja Kutnjak; KLOCKARS, Carl B. “Comparing police supervisor and line officer opinions about the code of silence: the case of Croatia”. In: Pagon, 2000:183-195.

JACKSON, John. “As implicações éticas do papel expandido do promotor de Justiça no Reino Unido”. In: CNMP, 2011:147-180.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Org. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira, Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JAKOBS, Günther. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido*: dois estudos de Günther Jakobs. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2005.

JATAHY, Carlos Roberto de C. *O Ministério Público e o estado democrático de direito*: perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1954.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v. 1 (parte geral). 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei das contravenções penais anotada*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JHERING, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. Trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.

JOBARD, Fabien. *Bavures policières?: la force publique e ses usages*. Paris: La Découverte, 2002.

JOHNSON, L.B. *On the front lines: police stress and family well-being*. Washington DC: US Government Printing Office, 1991, p. 32-48.

JOHNSTON, L. “What is vigilantism?”. In: *British Journal of Criminology*, v. 36(2), 1996, p. 220-236.

JONES, Richard. “The architecture of policing: towards a new theoretical model of the role of constraint-based compliance in policing”. In: Henry e Smith, 2007:169-190.

JONES, Trevor. “The accountability of policing”. In: NEWBURN, Tim (Org.). *Handbook of policing*. 2ª ed. Devon (UK): Willing Publishing, 2008, p. 693-724.

JONES, Trevor; NEWBURN, Tim. *Policy transfer and criminal justice: exploring US influence over British crime control policy*. Berkshire: McGraw-Hill, 2007.

KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KAMISAR, Yale *et al.* *Modern criminal procedure: cases, comments & questions* (Yale Kamisar, Wayne LaFave, Jerold Israel e Nancy King). 10. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martins Claret, 2004a.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: parte I, princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004b.

KAPPELER, Victor E.; SLUDER, Richard .D.; ALPERT, Geoffrey P. *Forces of deviance: understanding the dark side of policing*. 2ª ed. Prospect Heights, IL: Waveland Press, 1998.

KARC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KIL, Sang H.; MENJÍVAR, Cecilia; DOTY, Roxanne L. “Securing borders: patriotism, vigilantism and the brutalization of the US American Public”. In: McDonald, 2009:297-312.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Klostermann: Frankfurt am Main, 1985.

KLOCKARS, Carl B. “The Dirty Harry problem”. In: Idem (Org.) *Thinking about police*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1983, p. 329.

KLOCKARS, Carl B.; IVKOVIĆ, Sanja Kutnjak; HABERFELD, M. R. (Orgs.). *The contours of police integrity*. Thousand Oaks, CA: Sage, 2004.

KLOCKARS, Carl B.; IVKOVIĆ, Sanja Kutnjak; HABERFELD, Maria R. *Enhancing police integrity*. Dordrecht (Holanda): Springer, 2006.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KOERNER, Andrei (Org.). *História da justiça penal no Brasil: pesquisas e análises*. São Paulo: IBCCrim, 2006.

- KREY, Volker. *German criminal procedure law*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 2009.
- LA MARE, Nicolas de. *Traité de la police*. 2^a ed., t. IV. Amsterdam: aux dépens de la Compagnie, 1729.
- LAPKIN, Gerald S. “Democratic limits on law enforcement: squaring the circle”. In: Mendes *et al.*, 1999:89-112.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 5^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- LASSO, José Alaya. *Direitos humanos e aplicação da lei: manual de formação em direitos humanos para as forças policiais*. Genebra: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, 2001. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Manual1.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.
- LAYTON, Julia. *Como funcionam os interrogatórios policiais nos EUA*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/3837633/-Como-funcionam-os-interrogatorios->>. Acesso em: 21 jun. 2011.
- LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2^a Ed. São Paulo: RT, 1999.
- LEEDS, Elizabeth. “Serving States and Serving Citizens: Halting Steps toward Police Reform in Brazil and Implications for Donor Intervention”. *Policing and Society*, v. 17, n. 1, Londres: Routledge, mar. 2007, p. 21-37.
- LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; CANO, Ignácio. *Quem vigia os vigias?: um estudo sobre o controle externo da polícia no Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- LEMOS JR., Arthur Pinto de. “Delegações, fiscalizações e controle pelo Ministério Público dos atos dos órgãos de polícias criminais: uma visão luso-brasileira”. In: Valente, 2005:177-192.
- LEMOS-NELSON, A. T. . “Criminalidade policial, cidadania e Estado de Direito”. In: *Cadernos do CEAS*, Salvador, v. 2002, n. 197, p. 09-36, 2002.
- LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *O estatuto da criança e do adolescente comentado*. São Paulo: IBPS. 1991.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. v. III. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira (Orgs.). *Anuário brasileiro de segurança pública*. 7ª ed. São Paulo: FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública), 2013.

LIMA, Roberto Kant de. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

LINS, César Dias de França. *Ofício n. 14/2011-GABJUD* (Ofício do Juiz de Direito Titular da 1ª Vara da Comarca de Marabá ao Superintendente de Polícia Civil do Pará, informando sobre o uso abusivo de identificação pessoal para ingresso em estabelecimentos de diversão), 11 abr. 2011.

LISKEN, Hans. “Rechtsschutz”. In: LISKEN, Hans; DENNINGER, Erhard. *Handbuch des Polizeirechts*. Munique: C.H.Beck, 1992.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal*. t. I. Campinas: Russels, 2003.

LOADER, Ian; WALKER, Neil. *Civilizing security*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. Lisboa: Ed. 70, 2006.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. “A incompreendida concepção de processo como ‘situação jurídica’: vida e obra de James Goldschmidt”. In: *Revista eletrônica acadêmica de direito*. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/02_2009_2_nov_fev_23_48pp.pdf>. Publicado em: fev. 2009. Acesso em: 20 set. 2011.

LOPES, Pedro Muniz. *Princípio da boa fé e decisão administrativa: estrutura e operatividade na discricionariedade conferida por normas habilitantes*. Coimbra: Almedina, 2011.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José. “Prueba y proceso penal: el alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional”. In: *Revista de derecho y proceso penal*, [Navarra?]: Aranzadi, 1999.

LORUSSO, Sergio. “Investigazioni difensive”. In: Garuti, 2009:477-550.

LOUREIRO, Flávia Novera. “A (i)mutabilidade do paradigma processual penal respeitante aos direitos fundamentais em pleno século XXI”. In: Monte, 2009:269-289.

LUCIANO, Júlio César. “O conceito de polícia: a polícia e o poder de polícia no direito brasileiro; a polícia de segurança no direito brasileiro”. In: Miranda, 2003(v. 1):9-64.

LÚCIO, A. Laborinho. “Sujeitos do processo penal”. In: VVAA, 1988:37-79.

LUISI, Luiz. “Sobre Cesare Beccaria”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. LX, 1965, p. 236-245.

LUIZ, José Victor Regadas . *Estado de exceção como regra: o impasse contemporâneo à resistência política no pensamento de Giorgio Agamben*. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/33/jose_luiz_33.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2010.

LUMET, Sidney (Dir.). *Serpico*. [Filme-vídeo]. EUA: Artists Entertainment Complex, 1973, 130 min., cor.

LUPÁRIA, Luca. [e-mail] 7 jun. 2011, Milão [para] ÁVILA, Thiago André Pierobom de, Lisboa. Respostas a questões específicas sobre o sistema processual penal italiano de controle da atividade policial.

LUPÁRIA, Luca. “Attività d’indagine a iniziativa della polizia giudiziaria”. In: Garuti, 2009:173-240.

LUSTGARTENI, Laurence. *The governance of police*. Londres: Sweet & Maxwell, 1986.

LYRA, Diogo Azevedo *et al.* (Orgs.). *Relatório Rio: violência policial e insegurança pública*. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2004. Disponível em: <<http://global.org.br/wp-content/uploads/2012/02/Relat%C3%B3rio-Rio-%E2%80%93-Viol%C3%Aancia-policial-e-Inseguran%C3%A7a-p%C3%BAblica-2004.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

LYRA, Roberto. *Teoria e prática da Promotoria Pública*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1937.

MACHADO, Altino. *Carteirada federal*. Disponível em: <<http://altino.blogspot.com/2009/07/carteirada-federal.html>>. Publicado em: 14 jul. 2009. Acesso em: 13 set. 2011.

MACHADO, Andre Augusto Mendes. *Investigação criminal defensiva*. São Paulo: RT, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MACHADO, Bruno Amaral. “Representações sociais sobre o controle externo da atividade policial: cultura organizacional e relações institucionais”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 88, jan./fev. 2011.

MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério Público: organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007.

MAIA, João. “Manhosos e heróis: contribuição para o estudo da identidade dos grupos dos polícias, dos criminosos e do cidadão comum”. In: *Polícia e Justiça* (Revista do ISPJCC), série III, n. 1, Coimbra: Coimbra Ed., jan.-jun. 2003, p. 87-112.

MALARINO, Ezequiel. “A Polícia nos estados de direito Latino-Americanos: um resumo comparativo”. In: Choukr e Ambos, 2004:111-167.

MALATESTA, Nicola Framariano dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Waleska Giroto Silverberg. v. II. [s.l.]: Conan, 1995.

MALIN, Mauro. “Ninguém manda na polícia”. In: *Observatório da Imprensa*, n. 635, 29 mar. 2011. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/ninguem_manda_na_policia>. Acesso em: 28 jan. 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas”. In: MILARÉ, Edis (Org.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347, 15 anos*. São Paulo: RT, 2001, p. 730 *et seq.*

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. 3ª ed. v. 2. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949.

MARCÃO, Renato; TANAMATI, Rodrigo A. F. “Condução coercitiva e CPI”. In: *Justilex*, ano V, n. 56, ago. 2006, p. 35-36.

MARIMON, Saulo Bueno. *Policiando a polícia: a Corregedoria-Geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1999-2004)*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

MARINUCCI, Giorgio. “Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo”. In: Beccaria, 2009:29-53.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2 vv. 3ª atualização. Campinas: Millenium, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARTÍN ANCÍN, Francisco; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, José Ramón. *Metodología del atestado policial: aspectos procesales y jurisprudenciales*. 4ª ed. Madri: Tecnos, 2007.

MARTÍN MORALES, Ricardo. *El principio constitucional de intervención indiciaria*. Granada: Grupo Editorial Universitario, 2000.

MARTÍN PASTOR, José. “Presente y futuro del Ministerio Fiscal en la instrucción penal”. In: ESPANHA, Ministerio da Justicia. *La modernización de la justicia en España: XXIII Jornadas de estudio*, 4,5 y 6 de septiembre de 2001. Madri: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2003, pp. 189-217.

MARTINS, A.G. Lourenço. “Organização judiciária e policial: evolução e crítica”. In: *Polícia e Justiça* (Revista do ISPJCC), série III, n. 3, Coimbra: Coimbra Ed., jan.-jun. 2004, p. 13-51.

MARTTELART, Armand. “Gouverner par la trace”. In: *Mouvements*, n. 62, art.-jun. 2010, p. 12-21.

MATHIAS, Eric. “O equilíbrio de poder entre a Polícia e o Ministério Público”. In: Delmas Marty, 2005:481-506.

MATHIESEN, Thomas. “On dangerous research: the fate of a study of the police in Norway”. In: Albrecht e Backes, 1989:273-286.

MATTELART, Armand. *The globalization of surveillance*. Cambridge: Polity Press, 2010.

MAURO, Cristina. “La supression du juge d’instruction: elements de droit compare”. In: *Actualité Juridique Pénal*. n. 10, out. 2010, p. 433-436.

MAZZILI, Hugo Nigro. “A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal”. In: *Revista dos Tribunais*, 805/464, nov. 2002 (Também disponível em: < <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/naturezamp.pdf>>, acesso em: 10 out. 2011).

MAZZILI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MCDONALD, William F. “As relações entre o Ministério Público e a Polícia nos Estados Unidos”. In: CNMP, 2011:181-202.

McDONALD, Willian F. (Org.). *Immigration, crime and justice*. Sociology of crime, law and deviance. Bingley (UK): JAI Press, 2009, v. 13.

MEIRELLES, Fernando (Dir.). *Cidade de Deus*. [filme-vídeo]. Brasil: Globo Filmes *et al.*, 2002.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. “Rule of law e estado de derecho”. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 77, 2001, p. 57-115.
- MENDES, Errol P. “Raising the social capital of policing and Nations: how can Professional policing and civilian oversight weaken the circle of violence?”. In: *Idem et al.*, 1999:13-32.
- MENDES, Errol P. *et al.* (Orgs.). *Democratic policing and accountability*. Ashgate: Brookfield, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MERÊA, Paulo. *Suárez, Grocio, Hobbes: lições de história das doutrinas políticas feitas na Universidade de Coimbra*. Coimbra: Arménio Amado, 1941.
- MERLE, Jean-Christophe. “Uma crítica kantiana da teoria da punição de Kant”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 40, Belo Horizonte: Nova Fase, jul.-dez. 2001, p. 125-148.
- MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- MESQUITA NETO, Paulo de. “Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle”. In: PANDOLFI, Dulce Chaves *et al.* (Org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio Janeiro: Editora Getúlio Vargas, 1999, p.129-148.
- MESQUITA, Paulo Dá. “Nótula sobre o procedimento para acusação”. In: *Revista do CEJ*, n. 1, 2º sem. 2004, p. 125-149.
- MESQUITA, Paulo Dá. “Repressão criminal e iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal”. In: Valente, 2005:55-90.
- MESQUITA, Paulo Dá. *Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MILGRAM, Stanley. *Obedience to authority: an experimental view*. Nova Iorque: Harper & Row, 1974.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Ed. 70, 2010.

MILLER, Laurence. *Practical police psychology: stress management and crisis intervention for law enforcement*. Springfield, IL: Charles C Thomas, 2006.

MILLER, Seumas; BLACKLER, John. *Ethical issues in policing*. Burlington: Ashgate, 2005.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; SOUZA, Edinilsa Ramos de; CONSTANTINO, Patrícia (Coords.) *Missão prevenir e proteger: condições de vida, trabalho e saúde dos policiais militares do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

MINGUARDI, Guaracy. *Tiras, gansos e trutas: segurança pública e polícia civil em São Paulo (1983-1990)*. 2ª Ed. Porto Alegre: CORAG, 2001.

MIR PUIG, Santiago. “Revisión de la teoría del delito en un estado social y democrático de derecho”. In: *Crimen y castigo: Cuaderno del departamento de derecho penal y criminología de la Facultad de Derecho U.B.A.*, Buenos Aires: Depalma, ano I, n. 1, ago. 2001, p. 129-132.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento em el proceso penal*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2004.

MIRANDA, Jorge (Org.). *Estudos de direito de polícia*. 2 vv. Lisboa: AAFDL, 2003.

MIRANDA, Jorge. “Os direitos fundamentais e o terrorismo”. In: Idem. *Escritos vários sobre direitos fundamentais*. Estoril: Princípia, 2006, p. 489-501.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. II. 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. IV (direitos fundamentais), 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MISSE, Michel (Org.). *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010.

MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada*. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumman. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MNDH (Movimento Nacional de Direitos Humanos). *Nota pública à sociedade brasileira sobre a violência em São Paulo*. São Paulo: MNDH, 2012. Disponível em: <http://www.mndh.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3183>. Acesso em: 08 nov. 2012.

MOECKLI, Daniel. *Human rights and non-discrimination in the “war on terror”*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

MOHL, Robert von. *Die Polizei Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Tübingen: Heinrich Laupp, 1834.

MOLLEN, Milton. *The city of New York commission to investigate allegations of police corruption and the anti-corruption procedures of the police department: commission report*. Nova Iorque: City of New York, 1994.

MONCLÚS MASÓ, Marta. *La gestión penal de la inmigración: el recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*. Buenos Aires: del Puerto, 2008.

MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2006.

MONJARDET, Dominique. *O que faz a polícia: sociologia da força pública*. São Paulo: EDUSP, 2003.

MONTE, Mário Ferreira *et al.* (Orgs.). *Que futuro para o direito processual penal?: Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

MONTE, Mário Ferreira. “Um olhar sobre o futuro do direito processual penal: razões para uma reflexão”. In: Idem, 2009:399-418.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORE, Harry W.; WEGENER, W. Fred. *Effective police supervision*. Cincinnati, OH: Anderson 1990.

MORENO CATENA, Víctor. “Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial”. In: *Poder judicial*, Madrid, n. esp. 8, 1986, p.139-168.

MORENO CATENA, Víctor. “Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial”. In: *Poder judicial*, Madrid, n. esp. 8, jun. 1989, p.139-154.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉZ DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

MORGADO, Miguel. “Introdução”. In: Locke, 2006:7-85.

MORRIS, Terence. *Desvio e controle social: a heresia secular*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MOSSIN, Heráclito. *Curso de processo penal*. v. I, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MÖSTL, Markus. *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*. Tübingen: Mohr Sibeck, 2002.

MOUHANNA, Cristian. “As relações entre o Ministério Público e a Polícia na França: uma parceria ameaçada?”. In: CNMP, 2011:13-34.

MOUHANNA, Cristian. “Négocier ou sanctionner: le travail policier au quotidien”. In: Cusson, Dupont e Lemieux, 2007:140-151.

MOUHANNA, Cristian. *La police contre les citoyens?* Nîmes: Champ Social, 2011.

MOURA, Bruno. “Autoria e participação nos crimes desde a empresa: bases para um modelo de imputação individual”. In: *Revista CEPPG*, n. 25, 2/2011, p. 54-70. Disponível em: <http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/f8e60c3ce948a500ad85ca2a7a2c571b.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

MOURA, José Souto de. “Sobre o Ministério Público”. In: M.G. Dias e Mendes, 2013:179-191.

MOURA, José Souto. “A investigação criminal e suas exigências no inquérito”. In: Monte, 2009:73-86.

MOURA, José Souto. “A proteção dos direitos fundamentais no processo penal”. In: Valente, 2005:33-51

MOURA, José Souto. “Inquérito e instrução”. In: VVAA, 1988:83-145.

MUIR JR., William Ker. *Police: streetcorner politicians*. Chicago: The University of Chicago Press, 1977.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira e PROENÇA JR., Domicio. “Bases Conceituais de Métricas e Padrões de Medida de Desempenho Policial”. In: Caruso, Muniz e Blanco, 2007(a): 230-280. Também disponível em: <<http://blog.comunidadesegura.org/policiaesociedade/files/2008/04/basesconceituaisdemetricas.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PROENÇA JR., Domicio. “Da Accountability Seletiva à Plena Responsabilidade Policial”. In: Caruso, Muniz e Blanco, 2007(b):21-73. Também disponível em: <<http://blog.comunidadesegura.org/policiaesociedade/files/2008/04/art11.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

MUNIZ, Jaqueline de Oliveira. *Polícia brasileira tem história de repressão social*. In: Com Ciência. [S.l.], 2001. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/entrevistas/jacquelinemuniz.htm>> Acesso em: 27 jan. 2012.

MURSWIEK, Dietrich. *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung*. Berlim: Duncker & Humblot, 1985.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos. *2009 Report: activities and results*. Genebra: Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos, 2009. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/I_OHCHR_Rep_2009_complete_final.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2011.

NANDA, Ved P. “Preemptive and preventive use of force, collective security, and human security”. In: *Denver Journal of International Law and Policy*, 2004 (e 2005), v. 33, p. 7 *et seq.*

NASCIMENTO, Andréa Ana. “A corrupção policial e seus aspectos morais no contexto do Rio de Janeiro”. In: *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, ano 5, n. 9, ago-set. 2011.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2000.

NEIDIG, P.H., *et al.* “Interspousal aggression in law enforcement families: a preliminary investigation”. In: *Police Studies*, v. 15, n. 1, p. 30-38, 1992.

NELKEN, David. *Comparative criminal justice: making sense of difference*. Los Angeles: Sage, 2010.

NELSON, Jill (Org.). *Police brutality: an anthology*. Nova Iorque: W.W. Norton & Co., 2000.

NEPOMUCENO, Eric. *O massacre Eldorado dos Carajás: uma história de impunidade*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

NEWBURN, Tim. *Understanding and preventing police corruption: lessons from the literature*. Londres: Home Office Policing and Reducing Crime Unit, 1999.

NEWTON, T. "The place of ethics in investigative interviewing by police officers". In: *The Howard Journal*, v. 1, 1998, p. 52.

NOBLE, Jeffrey J.; ALPERT, Geoffrey P. *Managing accountability systems for police conduct: internal affairs and external oversight*. Long Grove: Waveland Press, 2009.

NOGUEIRA, Maria José R. Leitão. "O uso de armas de fogo pelos agentes policiais: alguns aspectos". In: *Polícia e Justiça* (Revista do ISPJCC), série III, n. 6, Coimbra: Coimbra Ed., jul.-dez. 2005, p. 33-51.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006b.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*. Coimbra: Coimbra, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006a.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Pesquisa indica que 80% dos casos levados à PF não são esclarecidos*. 9 nov. 2009.

OGATA, Sadako; SEN, Amartya. *Human security now: Commission on Human Security final report*. Nova Iorque: Commission on Human Security, 2003. Disponível em: <http://www.humansecurity-chs.org/finalreport/Outlines/outline_portuguese.html>. Acesso em: 27 jan. 2010.

OLIVA SANTOS, Andrés de la, et al. *Derecho procesal penal*. 8ª ed. Madri: Ed. Universitaria Ramón Areces, 2007.

OLIVEIRA, Adriana Vidal de. “Repensando os valores da revolução francesa nas sociedades plurais: um debate entre Erhard Denninger e Jürgen Habermas”. In: *Teoria constitucional contemporânea e seus impasses*. Rio de Janeiro : PUC, 2005. p. 130-145.

OLIVEIRA, Adriano. “Polícia e direitos humanos no Brasil”. In: Ratton e Barros, 2007:209-229.

OLIVEIRA, Calado de. “Prevenção: um instrumento essencial no combate à corrupção”. In: *Polícia e Justiça* (Revista do ISPJCC), série III, n. 7, Coimbra: Coimbra Ed., jan.-jun. 2006, p. 49-63.

OLIVEIRA, Dijaci David de; *et al.* (Orgs). *Violência policial : tolerância zero?* Goiânia: UFG [e MNDH], 2001.

OLIVEIRA, Dijaci David; TOSTA, Tania Ludmila Dias. “Abuso de autoridade: fronteiras entre a segurança e a agressão”. In: D.D. Oliveira, 2001:53-67.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OLIVEIRA, Luciano. “Sua excelência o comissário: a polícia enquanto ‘Justiça Informal’ das classes populares da Grande Recife”. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, n. 44, p. 279-300, 2003.

ORTIZ DE URBINA, Eduardo Porres (Org.). *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*. (Manuales de Formación Continua n. 46/2007). Madri: Consejo General del Poder Judicial, 2009.

OSBORN, Debora. “Suppressing the truth: judicial exclusion of illegally obtained evidence in the United States, Canada, England and Australia”. In: *Murdoch University electronic journal of law*, v. 7, n. 4, dez. 2000. Disponível em: <<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n4/osborn74.html>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: do estado totalitário à sociedade totalitária; a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Cascais: Princípia, 2001.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PACES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Los deberes fundamentales*. Alicante: Doxa, 1987.

PACHECO, Denilson Feitoza. *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PADILHA, José (Dir.). *Ônibus 174*. [filme-vídeo]. Brasil: Zazen Produções, 2002. 133 min. Documentário.

PADILHA, José (Dir.). *Tropa de elite 2: o inimigo agora é o outro*. [filme-vídeo]. Brasil: Zazen Produções, 2010. 118 min.

PADILHA, José (Dir.). *Tropa de elite*. [filme-vídeo]. Brasil: Zazen Produções, 2007. 115 min.

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PAES, Vivian Ferreira. “A investigação policial e a instrução criminal na França”. In: Misse, 2010:423-472.

PAGON, Milan (Org.). *Policing in Central and Eastern Europe: ethics, integrity, and human rights*. Liubliana (Eslovênia): College of Police and Security Studies, 2000.

PAIXÃO, Antônio Luiz; MARTINS, Herbert Toledo; SAPORI, Luís Flávio. “Métodos e acidentes de trabalho: violência, legalidade e polícia”. In: *Análise e conjuntura*, v. 7, n. 2, 1992, p. 76-91. Disponível em: <<http://www.fjp.mg.gov.br/revista/analiseconjuntura/viewarticle.php?id=266>>. Acesso em 03 out. 2013.

PALIDDA, Salvatore. “Introduction”. In: Idem (Org.). *Racial criminalization of migrants in the 21st century*. Londres: Ashgate, 2011, p. 5-27.

PALIDDA, Salvatore. “The criminalization and victimization of immigrants: a critical perspective”. In: McDonald, 2009:313-326.

PALMA, Fernanda (Org.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

PALMA, Fernanda. “Da acusação e da pronúncia e a suficiência indiciária”. In: Valente, 2005:113-130.

PALMIOTTO, Michael J. “Historical review of methods used by American police do controle police corruption”. In: Sarre *et al.*, 2005:283-299.

PALMIOTTO, Michael J. *Police misconduct: a reader for the 21st century*. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, 2001.

PASTORE, J. Medo da Policia. *Jornal da Tarde*, São Paulo, 05 abril 1997.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em história*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

PEREIRA, Albano da Conceição Martins. *A cooperação na investigação criminal: contributos para uma maximização operacional*. Lisboa: EDIUAL, 2012.

PEREIRA, Flávio Cardoso. “A moderna investigação criminal: infiltrações policiais, entregas controladas e vigiadas, equipes conjuntas de investigação e provas periciais de inteligência”. In: Cunha, Taques e Gomes, 2009:98-146.

PEREIRA, Rui. “Entre o ‘garantismo’ e o ‘securitarismo’: a revisão de 2007 do código de processo penal”. In: Monte, 2009:247-268.

PEREIRA, Rui. “O domínio do inquérito pelo Ministério Público”. In: Palma, 2004:119-132.

PEREIRA, Simone Ambros (Org.). *Protocolo brasileiro de perícia forense no crime de tortura*. Brasília: SEDH, 2003.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 5ª ed. Madri: Marcial Pons, 1998.

PEREZ, Alberto. *Manual Prático de papiloscopia*. Buenos Aires: Ed. Policial, 1995.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. “O Ministério Público”. In: CRETELLA JÚNIOR, José *et al.* (Orgs.). *A Constituição brasileira 1988: interpretações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 258-267.

PESQUIÉ, Brigitte. “O sistema belga”. In: Delmas Marty, 2005:77-150.

PILLAY, Navanethem. *2009 report on activities and results* (Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU). Genebra: ONU, 2010. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/I_OHCHR_Rep_2009_complete_final.pdf>. Acesso em: 26 out. 2011.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. “Démocratie et Etat de *non-droit* au Brésil: analyse et témoignage”. In: *Cultures & Conflits*, n. 59, v. 3, 2005, p. 87-115.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. “A construção da Justiça Restaurativa no Brasil: o impacto no sistema de Justiça criminal”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1432, 3 jun. 2007. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/9878> >. Acesso em: 24 dez. 2011.

PITOMBO, Sérgio. “O indiciamento como ato de polícia judiciária”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 577, nov. 1983, p. 513-516.

PLUCHINO, Alessandro; RAPISARDA, Andrea; GAROFALO, Cesare. “The Peter principle revisited: a computational study”. In: *Physica A*, v. 389, n. 3, 1 fev. 2010, p. 467-472.

PONSAERS, Paul; TANGE, Carrol; VAN OUTRIVE, Lode (Orgs.). *Regards sur la police: un quart de siècle de recherche sur la police en Europe et dans le monde Anglo-Saxon*. Bruxelas: Bruillant, 2009.

PONSAERS, Paul; TANGE, Carrol; VAN OUTRIVE, Lode. “Introduction: la recherche sur la police n’est jamais neutre ni ne laisse indifférent”. In: Ponsaers, Tange e van Outrive, 2009(a):1-16.

PORTELLI, Georges. *Police française et sub-culture policière*. Toulouse: Centre d’Etudes Politiques de Toulouse, 1985.

PORTO, Maria Stela Grossi. “Violência e segurança: a morte como poder?”. In: D.D. Oliveira, 2001:29-51.

PORTUGAL. IGAI. *Conferência internacional: direitos humanos e comportamento policial*. Lisboa: IGAI, 2005. Disponível em: <www.igai.pt>. Acesso em: 22 maio 2013.

PORTUGAL. IGAI. *Controlo externo da actividade policial*. 2 vv. 1. Lisboa: IGAI, [1998?].

PORTUGAL. IGAI. *Controlo externo da actividade policial*. v. 2. Lisboa: IGAI, 2003.

PORTUGAL. IGAI. *Queixas e certidões motivadas pelo comportamento dos agentes das Forças de Segurança: 2º semestre de 2008*. Lisboa: IGAI, 2009.

PORTUGAL. IGAI. *Relatório de atividades: 2011*. Lisboa: IGAI, 2012.

POSNER, Richard A. “Torture, terrorism and interrogation”. In: LEVINSON, Sanford (Org.). *Torture: a collection*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 291-298.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1 (parte geral). 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

PRANDL, Heribert. “Magistratura e politica: il caso tedesco”. In: LIBERATI, E. Bruti *et al.* (Orgs.). *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*. Milão: Feltrinelli, 1996, p. 163-169.

PRENZLER, Tim. *Police corruption: preventing misconduct and maintaining integrity*. Boca Raton: CRC Press, 2009.

PROENÇA JR., Domício; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; PONCIONI, Paula. “Da governança de polícia à governança policial: controlar para saber, saber para governar”. In: *Revista Brasileira de Segurança Pública*, ano 3, n. 5, ago.-set. 2009, p. 14-37.

PUNCH, Maurice. “Rotten orchards: ‘pestilence’, police misconduct and system failure”. In: *Policing and Society*, v. 13, n. 2, Londres: Routledge, 2003, p. 171-196.

PUNCH, Maurice. *Dirty business*. Londres: Sage, 1996.

PUNCH, Maurice. *Police corruption: deviance, accountability and reform in policing*. Cullompton UK: Willan Publishing, 2009.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.

QUEIROZ, Flaubert Leite. *Carteirada policial, abuso ou prerrogativa?*. Disponível em: <<http://www.delegados.com.br/juridico/carteirada-policial-abuso-ou-prerrogativa.html>>. Publicado em: 12 ago. 2011. Acesso em: 13 set. 2011.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 135 p.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANSLEY, Janet; ANDERSON, Jessica; PRENZLEY, Tim. “Civil litigation against police in Australia: exploring its extent, nature and implications for accountability”. In: *Australian and New Zeland Journal of Criminology*, v. 40, n. 2, 2007, p. 143-160. Disponível em: <http://www.communitylaw.org.au/flemingtonkensington/cb_pages/images/Civil%20Litigation%20against%20Police%20Ransley%20et%20al.pdf>. Acesso em: 15 set. 2011.

RAPOSO, João. *Autoridade e discricionariedade: a conciliação possível?* Lisboa: ISCPSI, 2006(a).

RAPOSO, João. *Direito policial*. v. I. Coimbra: Almedina, 2006(b).

RATTON, José Luiz. “Aspectos organizacionais e culturais da violência policial”. In: Ratton e Barros, 2007:139-152.

RATTON, José Luiz; BARROS, Marcelo (Orgs.). *Polícia, democracia e sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REBOUÇAS, Fernando. *Capitão do mato*. Abr. 2010. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/brasil-colonia/capitao-do-mato/>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

RECASENS I BRUNET, Amadeu *et al.* “Espagne, Portugal et Italie: um développement de la recherche au coeur de démocraties latines fragiles”. In: Ponsaers, Tange e van Outrive, 2009:419-486.

REINER, Robert. *A política da polícia*. São Paulo: EDUSP, 2004.

REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. “Notas acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais como limites à discricionariedade administrativa”. In: GARCIA, Emerson (Org.). *A Efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro : Lumen Juris : 2004.

REISS Jr., Albert J. *The police and the public*. New Haven: Yale University Press, 1971.

RENO, Janet. *Principles for promoting police integrity: examples of promising police practice*. Washington, DC: U.S. Department of Justice, 2001.

REUSS-IANNI, Elizabeth; IANNI, Francis A. J. “Street cops and management cops: two cultures of policing: street cops and management cops”. In: PUNCH, Maurice. (Org.), *Control in the police organization*. Cambridge, MA: MIT Press, 1983, p. 251-74.

REVILLA GONZÁLEZ, José-Alberto. *El interrogatorio del imputado*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROBBERS, Gerhard. *Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*. Baden-Baden: Nomos, 1987.

RODRIGUES, Anabela Miranda. “O inquérito no novo código de processo penal”. In: VVAA, 1988:61-79.

RODRIGUES, João Gaspar. *Ministério Público resolutivo: um novo perfil institucional*. Porto Alegre: SAFE, 2012.

ROJEK, Jeff *et al.* “Addressing police misconduct: the role of citizen complaints”. In: Dunham e Alpert, 2010:292-312.

ROLIM, Luciano. *O controle externo da atividade policial no direito alemão*. Recife: Paper, 2010.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

ROLIM, Rivail Carvalho. “Culpabilização da pobreza no pensamento jurídico-penal brasileiro em meados do século XX”. In: Koerner, 2006:177-202.

ROSA, Rui Neves Leão. *Vinculação e discricionariedade na atuação policial: alguns aspectos*. Lisboa: ISCPSI, 2000 (monografia de final de Licenciatura em Ciências Policiais e Segurança Interna).

ROSA, Alexandre Morais da. “Tráfico e flagrante: apreensão da droga sem mandado: uma prática (in)tolerável?”. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo (Orgs.). *Direito penal & democracia*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. Também disponível em: <<http://alexandremoraisdarosa.blogspot.com/2010/03/trafico-sem-mandado.html>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

ROXIN, Claus. “O domínio por organização como forma independente de autoria mediata”. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. In: *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Panóptica*, ano 3, n. 17, p. 69-94, nov. 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev2009pdf/04_2009_2_nov_fev_69_94pp.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2012.

ROXIN, Claus. “Sentido e limites da pena estatal”. In: Idem. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luís Serrano Gonzáles de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Trad. Óscar Julián Guerrero Peralta. Buenos Aires: Rubinzal, 2007.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUSSELL, Katheryn K. “What did I do to be so black and blue?”. In: Nelson, 2000:135-148.

RYDBERG, Jason; TERRILL, William. “The Effect of Higher Education on Police Behavior”. In: *Police Quarterly*, v. 13 n. 1, p. 92-120, mar. 2010.

SABET, Daniel. *Police reform in Mexico: advances and persistent obstacles*. Paper. University of San Diego, Trans-border Institute, maio 2010. Disponível em: <http://www9.georgetown.edu/faculty/dms76/Policefiles/Sabet_police_reform.pdf>. Acesso em: 31 out. 2013.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogerio Bastos. “Delegados de polícia: quem são e o que pensam”. In: *Cadernos Adenauer: segurança cidadã e polícia na democracia*, ano IV, 2003, n. 3, p. 129-150.

SAINT-PIERRE, François. “Réforme de l’instruction judiciaire: 2010, l’année de la crise aiguë”. In: *Actualité Juridique Pénal*. n. 10, out. 2010, p. 427-429.

SALAS, Denis. “O papel do juiz”. In: Delmas Marty, 2005:507-562.

SALLES, João Moreira; LUND, Kátia (Dir.). *Notícias de uma guerra particular*. [filme-vídeo]. Brasil: Videofilmes, 1999. 56 min. Documentário.

SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de protecção policial de direitos, liberdade e garantias*. Coimbra: Coimbra, 2012.

SANTIAGO, Bruno Vinga. “A prevenção e a investigação criminais nos preliminares da acção penal”. In: *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 17, n. 3, jul.-set. 2007, pp. 415-458.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: RT, 2004.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2007.

SANTOS, Altamiro J. dos. *Direito de segurança pública e legítima defesa social*. São Paulo : LTr, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Gil Moreira dos. *O direito processual penal*. Porto: Asa, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. “30 anos de vigiar e punir (Foucault)”. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/30anos_vigiar_punir.pdf>. Publicado em: out. 2005. Acesso em: 12 jun. 2010.

SANTOS, Marcus Renan Palácio de Moraes Claro dos. *Princípio nemo tenetur se detegere e os limites a um suposto direito de mentir*. Lisboa: FDUL, 2010. (Dissertação apresentada como requisito parcial para conclusão da disciplina Direito Processual Penal no curso de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, sob orientação do Sr. Prof. Dr. Paulo Manuel Melo Sousa Mendes)

SANTOS, Maria José Moutinho. “A introdução da polícia civil em Portugal: entre projectos e realidades, os equívocos de uma política de segurança”. In: ALMEIDA, Pedro Tavares de.; MARQUES, Tiago Pires (Orgs.). *Lei e ordem: justiça penal, criminalidade e política: séculos XIX-XX*. Lisboa: Livros Horizonte, 2006, p. 131-146.

SAPORI, Luiz Flávio. “Os desafios da polícia brasileira na implementação da ‘ordem sob a lei’”. In: Ratton e Barros, 2007:97-137.

SARAIVA, Wellington Cabral. “Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal”. In: *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Florianópolis: Podium, 2010.

SARDINHA, José Miguel. *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência”. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, n. 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARRE, Rick *et al.* (Orgs.). *Policing corruption: international perspectives*. Oxford: Lexington Books, 2005.

SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. 2ª ed. Rev. Trad. Iñaki Esparza Libar e Andrea Planchadell Gargallo. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

SCHÜNEMANN, Bernard. “Aporías de la teoría de la pena en la filosofía: pensamientos sobre Immanuel Kant”. In: Idem. *Obras*. t. I. Buenos Aires: Rubinzal, 2010a, p. 149-165.

SCHÜNEMANN, Bernard. “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro”. In: Idem. *Obras*. t. I. Buenos Aires: Rubinzal, 2010b.

SCHÜNEMANN, Bernard. “La policía alemana como auxiliar del Ministerio Fiscal: estructura, organización y actividades”. In: Idem. *Obras*. t. II. Buenos Aires: Rubinzal, 2010c, p. 451-483.

SCHWARZ, Roberto. “As ideias fora do lugar”. In: Idem. *Aos vencedores as batatas*. 5ª ed. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000, p. 9-32.

SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. “Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos?”. In: TAYLOR; WALTON; YOUNG (Orgs.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 135-176.

SEABRA, Hugo Luís Martinez de; SANTOS, Tiago. *A criminalidade de estrangeiros em Portugal: um inquérito científico*. Lisboa: Alto Comissariado para a imigração e minorias étnicas, 2005.

SEIBEL, Erni J.; OLIVEIRA, Heloísa M. J. de. “Clientelismo e seletividade: desafios às políticas sociais”. In: *Revista de Ciências Humanas*, Florianópolis: EDUFSC, n. 39, p. 135-145, abr. 2006.

SEIXAS, Isabela Marques. “A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro”. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Globalização, justiça & segurança humana*. Brasília: ESMPU, 2011.

SENASP (Secretaria Nacional de Segurança Pública, Brasil). *Atuação policial na proteção dos direitos humanos de pessoas em situação de vulnerabilidade: cartilha*. Brasília: SENASP/MJ, 2010.

SENEVIRATNE, Mary. “Policing the police in the United Kingdom”. *Policing and Society*, 14: 4, Londres: Routledge, 2004, p. 329-347.

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. *A identificação criminal*. São Paulo: RT, 2003.

SHERIDAN, Jim (Dir.). *In the name of the father*. [filme-vídeo]. Irlanda: Universal Pictures, 1993, 133 min.

SHERMAN, Lawrence W. *Scandal and reform: controlling police corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1978.

SHUE, Henry. *Basic rights: subsistence, affluence, and U.S. foreign policy*. Princetown (NJ): Princetown University Press, 1980.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión: concepto y sistema*. Barcelona: Bosch, 1986.

SILVA, Alexandre Araujo de. *O abuso de direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Cátia Ainda. *Justiça em jogo: novas facetas da atuação dos Promotores de Justiça*. São Paulo: EDUSP, 2001

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

SILVA, Edimar Carmo da. “Ainda o art. 28 do Código de Processo Penal. Recepcionado pela Constituição Federal vigente?”. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1632, 20 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10781>>. Acesso em: 9 set. 2011.

SILVA, Edimar Carmo da. *O princípio acusatório e o devido processo legal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

SILVA, Germano Marques da. “Criminalidade organizada e a investigação criminal”. In: Valente, 2005:397-414.

SILVA, Germano Marques da. “Reflexões sobre as atribuições do Ministério Público na defesa da legalidade democrática e na execução da política criminal”. In: M.G. Dias e Mendes, 2013:103-114.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. v. I, 5ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2008a.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. v. II, 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2008b.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. v. III, 3ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 2009.

SILVA, Germano Marques da. *Do processo penal preliminar*. Lisboa: Minerva, 1990.

SILVA, Germano Marques da. *Ética policial e sociedade democrática*. Lisboa: ISCPSI, 2001.

SILVA, Jorge da. “Fighting police corruption in Brazil: the case of Rio de Janeiro”. In: Sarre *et al.*, 2005:247-258.

SILVA, Jorge da. “Violência policial e a ideologia dos algozes vítimas”. In: D.D. Oliveira, 2001:69-84.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Universidade Católica Ed.: Lisboa, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: RT, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Geraldo; BONINI, Paulo Rogério; LAVORENTI, Wilson. *Leis penais especiais anotadas*. 12ª ed. Campinas: Millenium, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril de 2002.

SILVA, Mauricio R.; PIRES, Giovani L. “As lutas sociais, os Megaeventos Esportivos no Brasil, as políticas públicas e o ‘Padrão FIFA’”. In: *Motrivivência* (Editorial), ano XXV, n.40, 2013, p. 6-12.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. “Artigo 5º, incisos LVIII ao LXVII”. In: BONAVIDES, Paulo et al. (Orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Almedina: Coimbra, 2003.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. “O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal”. In: Bonato, 2011:247-265.

SILVEIRA, Jorge Noronha e. “O conceito de indícios suficientes no processo penal português”. In: Palma, 2004:155-181.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Direcção e execução da investigação criminal no quadro do Estado de Direito: contributos para uma melhor sintonia. In: PALMA, Maria Fernanda et al. (Orgs.). 2º *Congresso de Investigação Criminal*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 319-330.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007.

SIRACUSANO, D. et al. *Diritto processuale penale*. 2 vv. Milão: Guiffirè, 2006.

SKLANSKY, David Alan. “Seeing blue: police reform, occupational culture, and cognitive burn-in”. In: O’NEILL, Megan; MARKS, Monique; SINGH, Manne-Marie (Orgs.). *Police Occupational Culture: New Debates and Directions*. Oxford: Elsevier Science, jan. 2007 (Sociology of Crime, Law and Evidence, v. 8). Disponível em: <<http://www.law.berkeley.edu/faculty/sklansky/conference/Seeing%20Blue.pdf>>.

SKLANSKY, David Alan. "Is the exclusionary rule obsolete?". In: *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 5, 2008, p. 567-584.

SKOLNICK, Jerome H. "Corruption and the blue code of silence". In: *Police Practice and Research*, v. 3, n. 1, 2002, p. 7-19.

SKOLNICK, Jerome H. "Enduring issues of police culture and demographics". *Policing and Society*, v. 18, n. 1, Londres: Routledge, maio 2008, p. 35-45.

SKOLNICK, Jerome H.; FYFE, James J. *Above the law: police and the excessive use of force*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

SMITH, David J. New challenges to police legitimacy. In: Henry e Smith, 2007:273-304.

SMITH, Graham. "Why don't more people complain against the police?" In: *European Journal of Criminology*, v. 6, maio 2009, p. 249-266.

SOARES, Luis Eduardo. *Meu casaco de general: quinhentos dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

SOEIRO, Cristina; BETTENCOURT, Helena. "Identificação de factores de stress associados ao trabalho de polícia: estudo exploratório de uma amostra de inspectores de investigação criminal da Polícia Judiciária portuguesa". In: *Polícia e Justiça* (Revista do ISPJCC), série III, n. 1, Coimbra: Coimbra Ed., jan.-jun. 2003, p. 127-158.

Soub, Maria Anaides do Vale Siqueira. *O Ministério Público na jurisdição internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Sousa, António Francisco de. *A polícia no Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Souza, Alexandre Araujo de. *O abuso de direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Souza, Antonio Candido de Mello e. "Dialética da malandragem". In: Idem. *O discurso e a cidade*. São Paulo: Duas Cidades, 1993, p. 19-59.

Souza, Braz Florentino Henriques de. *Lições de direito criminal*. 2ª ed. Recife: Livraria Econômica de José Nogueira de Souza, 1892.

Souza, Gilson Sidney Amancio de. "Indiciamento em inquérito policial: conveniência da manifestação prévia do *dominus litis*". In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 683, set. 1992, p. 391-393.

SOUZA, Luiz Antônio Francisco. “Polícia, poder de polícia e criminalidade numa perspectiva histórica”. In: Koerner, 2006:59-82.

SOUZA, Marcelo Tavares de; RIANI, Marsuel Botelho. *Curso de Técnicas Não-Letais*. SENASP (Brasil, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, Rede Nacional de Educação a Distância para a Segurança Pública): Brasília, 2007.

SOUZA, Percival de. *Narcoditadura: o caso Tim Lopes, crime organizado e jornalismo investigativo no Brasil*. São Paulo: Labortexto Ed., 2002.

SOUZA, Percival de. *O sindicado do crime: PCC e outros grupos*. São Paulo: Ediouro, 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Manual de processo penal constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

STARCK, Christian. “State duties of protection of fundamental rights”. In: *PER*, n. 1, v. 3, 2000, p. 21-75.

STEINMETZ. Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

STODDARD, Ellwyn R. “The informal ‘code’ of police deviancy: a group approach to ‘blue coat crime’”. In: *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, v. 59, n. 2, 1968, p. 201-213.

STONE, Vanessa; PETTIGREW, Nick. *The views of the public on stop and searches*. Londres: Home Office (Policing and reducing crime unit), 2000.

STRAUS, M.; GELLES, R. *Physical violence in American families: risk factors and adaptations to violence in 8,145 families*. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. “A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição: limites e perspectivas de revisão*. Porto Alegre: Rígel, 1993, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006a.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: RT, 1999.

SUÁREZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes. “É possível melhorar a polícia?”. In: D.D. Oliveira, 2001:217-241.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Ministério Público e política criminal: uma segurança pública compromissada com os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010.

TAFFARELLO, Rogério F. "Beccaria e o iluminismo penal". In: *Revista Jurídica* (Faculdade de Direito da Puccamp), Campinas, v. 22, n.1, 2006, p. 25-38.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madri: Trotta, 2005.

TAVARES JÚNIOR, Gilberto da Silva. *A Papiloscopia nos locais de crimes*. São Paulo: Ícone, 1991.

TAYLOR JR., Stuart. “Politically incorrect profiling: a matter of life or death”. In: Kamisar *et al.*, 2002:104-107.

TEDH, Research Division. *The role of public prosecutor outside the criminal law field in the case-law of the European Court of Human Rights*. Estrasburgo: TEDH, mar. 2011. Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/CA6EAC0D-C65A-4603-815D-7DA97E94050C/0/RAPPORT_RECHERCHE_Role_public_prosecutor_EN.pdf. Acesso em: 26 out. 2011.

TELES, Edson. “A distância entre a política tradicional e as práticas de liberdade nas manifestações de junho”. In: *Revista Pensata*, Goiânia, v. 3, n. 1, nov. 2013, p. 164-171.

TERESTCHENKO, Michel. *O bom uso da tortura: ou como as democracias justificam o injustificável*. Trad. Constância Maria Egrijas Morel. São Paulo: Loyola, 2011.

THOMAS, Didier. “Le droit à la sûreté”. In: CABRILLAC, Rémy, *et al.* (Orgs.). *Libertés et droits fondamentaux*. 15ª Ed. Paris: Dalloz, 2009, p. 357-383.

THOMPSON, Anthony C. “Stopping the usual suspects: race and the fourth amendment”. *New York University Law Review*, v. 74, out. 1999, p. 956.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 10ª ed. Milão, Giuffrè, 2009.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de direito processual penal*. v. II, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 32. ed. São Paulo: RT, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perceptions index 2010 results*. 2010. Disponível em: http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results>. Acesso em: 03 out. 2013.

TRILLO NAVARRO, Jesús Pórfilo. *El fiscal en el nuevo proceso penal: estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: reforma 2007*. Granada: Comares, 2008.

TRINDADE, Daniel Messias da. *O garantismo penal e a atividade de polícia judiciária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

TRUMAN, David Bicknell. *The governmental process: political interests and public opinion*. 2ª ed. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 1971.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004.

TUCK, Richard. “Introdução”. In: Hobbes, 2003:9-54.

UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). *Handbook on police accountability, oversight and integrity*. Nova Iorque: United Nations, 2011.

USCCR (United States Commission on Civil Rights). *Revisiting Who is guarding the guardians?: a report on police practices and civil rights in America*. Washington D.C.: USCCR, 2000.

USCCR (United States Commission on Civil Rights). *Who is guarding the guardians?: a report on police practices*. Washington D.C.: USCCR, 1981.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Org.). *I Congresso de processo penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Org.). *II Congresso de processo penal: memórias*. Coimbra: Almedina, 2006.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (Org.). *Reuniões e manifestações, actuação policial*. Coimbra: Almedina, 2009c.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. “A investigação do crime organizado: buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenções nas comunicações”. In: Idem (Org.). *Criminalidade organizada e criminalidade de massa: interferências e ingerências mútuas*. Coimbra: Almedina, 2009a, p. 159-184.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia: prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Revistas e buscas*. Coimbra: Almedina, 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009b.

VALKENEER, Chistian de; FRANCIS, Vincent. *Manuel de sociologies policières*. Bruxelas: Lacier, 2007.

VALLADÃO, Alfredo. *Ministério Público: quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VENTURA, Zuenir. *Cidade partida*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 1994.

VERBITSKY, Horacio. *O vôo: a história da operação militar de extermínio que abalou a Argentina*. São Paulo: Globo, 1995.

VERGER GRAU, Joan. *La defensa del imputado y el principio acusatório*. Barcelona: Bosch, 1994.

VERGINE, Francesco. “Arresto in flagranza e fermo di indiziato”. In: Garuti, 2009:377-476.

VERHAGE, Antoinette; PONSAERS, Paul. “Do secretário da Polícia à Unidade de Justiça Criminal: as relações entre o Ministério Público e a Polícia nos Países Baixos e na Inglaterra”. In: CNMP, 2011:127-146.

VILLEGAS FERNANDES, Jesús Manuel. *Fiscal investigador contra juez instructor: la lógica de la investigación criminal*. Madri: Marcial Pons, 2012.

VIOLINI, Lorenza. “Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato”. In: *Diritto penale contemporaneo*, Milão, nov. 2011, p. 50-62.

VLAMYNCK, Hervé. “Le policier et l’information judiciaire”. In: *Actualité Juridique Pénal*. n. 10, out. 2010, p. 429-433.

VLAMYNCK, Hervé. *Droit de la Police*. 2ª ed. Paris: Vuibert, 2009.

VOGLER, Richard. “A perspectiva anglo-americana sobre a Polícia e o Estado de Direito: implicações para a América Latina”. In: Choukr e Ambos, 2004:169-201.

VOGLER, Richard. “Criminal procedure in France”. In: Vogler e Huber, 2008(b):171-268.

VOGLER, Richard. “Introduction”. In: Vogler e Huber, 2008(a):1-38.

VOGLER, Richard; HUBER, Barbara (Orgs.). *Criminal procedure in Europe*. Berlim: Duncker & Humblot, 2008.

VOGLIOTTI, Massimo. “Ainda nuves sobre o Ministério Público italiano: de magistrado independente a advogado da Polícia?”. In: CNMP, 2011:35-102.

VVAA. *Código de processo penal: comentários e notas práticas* (Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto). Coimbra: Coimbra, 2009.

VVAA. *El principio constitucional de intervención indiciaria*. Granada: Grupo Editorial Universitario, 2000.

VVAA. *Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal*. Coimbra: Almedina, 1988.

VVAA. *O Provedor de Justiça: novos estudos*. Lisboa: Provedoria de Justiça, 2008, p. 35-77.

WACQUANT, Loïc. *Les prisons de la misère*. Paris: Raisons d’Agir, 1999.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2013: homicídios e juventude no Brasil*. Rio de Janeiro: CEBELA, 2013. Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf>. Acesso em: 22 jul 2013.

WALDRON, Jeremy. *Torture, terror and trade-offs: philosophy for the White House*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

WALKER, Samuel. *Police accountability: the role of citizen oversight*. Belmont: Wadsworth Thomson Learning, 2001.

WALKER, Samuel. *The new world of police accountability*. Thousand Oaks: SAGE, 2005.

WALKER, Samuel; KATZ, Charles M. *The police in America: an introduction*. 6ª ed. Nova Iorque: McGrall-Hill, 2008.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: Ed. UnB, 1991.

WECHTER, Jayson. *Investigating citizen complaints is different: special challenges of investigating citizens complaints against police officers*. Omaha: University of Nebraska at Omaha, set. 2004. Disponível em: <<http://www.unomaha.edu/criminaljustice/PDF/ICCID.pdf>>. Acesso em 18 jan. 2012.

WEICHERT, Marlon Alberto. “Suprema impunidade no julgamento da ADPF 153”. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal : balanço e crítica*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

WEIGEND, Thomas. “Germany”. In: Bradley, 1999:187-216.

WEISBURD, David *et al.* *The abuse of police authority: a national study of police officers attitudes*. Washington, DC: Police Foundation, 2001.

WESTLEY, W. A. “Violence and the police”. In: *American Journal of Sociology*, v. 59, n. 1, 1953, p. 34-41.

WESTLEY, W. A. *Violence and the police: a sociological study of law, custom and morality*. Cambridge, MA: MIT Press, 1970.

WESTMARLAND, Louise. “Police ethics and integrity: breaking the blue code of silence”. *Policing and Society*, v. 15, Londres: Routledge, 2005, p. 145-165.

WETENDORF, Diane. “Representing victims of police-perpetrated domestic violence”. In: *Family Law Forum*, Minnesota, Fall 2007, v. 16, n. 2, p. 14-23.

WETENDORF, Diane. *Police domestic violence: a handbook for victims*. 2a ed. Wauconda, IL: Wetendorf Inc., 2006.

WILLIAMS, Melissa S. "Criminal Justice, democratic fairness, and cultural pluralism: the case of aboriginal peoples in Canada". *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, 2002, p. 451-495.

WILSON, James Q. *Varieties of police behavior: the management of law and order in eight communities*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1968.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito administrativo*. v. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

WOOD, James R. T. *Royal Commission into the New South Wales Police Service: final report*. v. 1. Sidney: Governo do Estado de New South Wales, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1998.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAGANELLI, Margareth Vetis. "Intervenções corporais, processo penal e direitos fundamentais". In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Orgs.). *A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Sousa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 3ª ed. Madri: Trotta, 1999.

ZEIDAN, Rogério. *Ius puniendi, Estado e direitos fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

ZIMBARDO, Philip. *The Lucifer effect: understanding how good people turn evil*. Nova Iorque: Random House, 2007.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. [s.l.]: EDESA, 1979.

Sítios de internet consultados:

<http://nacole.org>

<http://noticias.juridicas.com>

<http://policecomplaints.dc.gov>

<http://www.altalex.com>

<http://www.cnds.fr>

<http://www.cnmp.gov.br>

<http://www.dgsi.pt>

<http://www.dre.pt>

<http://www.echr.coe.int/echr/>

<http://www.gddc.pt>

<http://www.igai.pt>

<http://www.ipcc.gov.uk>

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.mpicc.de/ww/en/pub/home.cfm>

<http://www.nyc.gov/html/ccrb>

<http://www.penalecontemporaneo.it>

<http://www.pgdlisboa.pt>

<http://www.pgr.pt>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.senado.gov.br/biblioteca>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.stj.jus.br>

<http://www.tjdft.jus.br>

<http://www.tribunalconstitucional.pt>